



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

BAND II/20

PAUL PHILIPP HERMANN

DIE BEGRENZUNG DER UNTREUESTRAFBARKEIT IN DER WIRTSCHAFT AM BEISPIEL DER BANKENUNTREUE

Eine Untersuchung des § 266 StGB aus wirtschaftsstrafrechtlicher
Perspektive unter besonderer Berücksichtigung der objektiven
Zurechnung



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften der Bucerius Law School

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt

Prof. Dr. Thomas Rönau

Prof. Dr. Michael Fehling

Paul Philipp Hermann

Die Begrenzung der Untreuestrafbarkeit in der Wirtschaft am Beispiel der Bankenuntreue

Eine Untersuchung des § 266 StGB aus wirtschaftsstrafrechtlicher
Perspektive unter besonderer Berücksichtigung der objektiven Zurechnung

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg

Autor:

Paul Philipp Hermann

Herausgeber:

Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Thomas Rönna, Prof. Dr. Michael Fehling

1. Auflage 2011

Herstellung und Auslieferung:

tribution GmbH, Mittelweg 177, 20148 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-001-6

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommer 2009 an der Bucerius Law School - Hochschule für Rechtswissenschaften – zur Prüfung eingereicht. Im Frühjahr 2010 wurde die Arbeit als Dissertation angenommen und mit "summa cum laude" bewertet. Entwicklungen in Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis zum Sommer 2009 berücksichtigt.

Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Erich Samson, der diese Arbeit begleitet und durch seine Vorlesungen den Grundstein für mein Interesse am Wirtschaftsstrafrecht gelegt hat. Herrn Professor Frank Saliger danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und den stets interessanten Austausch über wirtschaftsstrafrechtliche Fragestellungen während meines Studiums.

Ferner bin ich meinen Freunden Frank, Thomas und Urs für die Diskussionen und die zahlreichen Kommentare zu meiner Arbeit sehr dankbar. Ebenso meinen Berliner Freunden, die mich während der Promotion gelegentlich vom manchmal grauen Promotionsalltag abgelenkt haben. Dies hat das Erarbeiten dieser Dissertation erheblich erleichtert und zu einer positiven Erfahrung gemacht. Letztlich möchte ich mich bei meiner Familie und vor allem bei meinen Eltern bedanken. Ohne ihre Unterstützung und Ermutigung wäre ich wohl nie durch dieses Studium gekommen. Dafür und für alles, was sie für mich getan haben, herzlichen Dank. Diese Arbeit ist ihnen gewidmet.

Berlin im Juli 2011

Inhalt

Vorwort

Einleitung

A. Definition der „Bankenuntreue“ und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf die Täterschaft

B. Gang der Darstellung

Erster Teil: Erster Teil: Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit der Bankenuntreue

A. Notwendige Vorarbeiten

B. Strafwürdigkeit der Untreue

C. Strafbedürftigkeit der Untreue

I. Die Untreue als Wirtschaftsdelikt

II. Strafbedürftigkeit von Wirtschaftsdelikten

1. Überlegungen zum 1. WiKG und Übertragung dieser auf § 266 StGB

2. Kritik am expansiven Einsatz des Strafrechts

III. Die jüngere Diskussion um den Tatbestand der Untreue

1. Altruistisch motiviertes Delikt

2. Risikogeschäfte

3. Ausreichender anderweitiger Schutz

IV. Zwischenergebnis

D. Besondere Konstellation bei der Bankenuntreue

I. Auswirkungen der aktuellen Finanzkrise

II. Sonstige staatliche Kontrollmechanismen – Regulierung des Bankensektors

III. Außerstrafrechtliche Sanktionierung des Täters

IV. Opferlose Inkriminierung? – Interesse der Bank an strafrechtlicher Verfolgung

V. Handeln im Interesse der Bank

VI. Schutz der Kunden

E. Ergebnis und Fazit

Zweiter Teil: Der Untreuetatbestand

A. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes

I. Fallkonstellationen

1. Untreue durch Vergabe von Krediten

2. Untreue durch Verwertung von Forderungen aus Kreditverhältnissen

II. Bankenwesen in Deutschland

1. Kreditbanken

2. Genossenschaftsbanken

3. Sparkassen

4. Beschränkung der Untersuchung auf die privaten Kreditbanken

III. Taugliche Täter und Tatbestandsalternative

1. Taugliche Täter der Bankenuntreue

2. Unterschiede zwischen den Tatbestandsvarianten

IV. Bankenuntreue als Prototyp des „Risikogeschäfts“

B. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB

I. Pflichtverletzung

1. Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses zwischen Vermögensinhaber und Treupflichtigem

2. Gesetzliche Beschränkungen des Innenverhältnisses

a) Relevante Normen

b) KWG-Verstoß als untreuerelevante Pflichtwidrigkeit

3. Konkretisiertes Innenverhältnis

a) Konkretisierung innerhalb der gesetzlichen Grenzen

b) Konkretisierung außerhalb der gesetzlichen Grenzen

4. Nicht konkretisiertes Innenverhältnis

a) Notwendigkeit des Rückgriffes auf eine allgemeine Maßfigur

- b) Erlaubtes Risiko bei fehlender Konkretisierung des Innenverhältnisses
- 5. Restriktionsbemühungen im Bereich der Pflichtwidrigkeit
 - a) Beurteilungs- und Ermessensspielraum
 - b) Gravierende Pflichtverletzung

6. Fazit zur Pflichtwidrigkeit

II. Vermögensnachteil

- 1. Zeitpunkt der Nachteilsberechnung und Konsequenzen
 - a) Zeitpunkt
 - b) Gefährdungsschaden
- 2. Voraussetzungen des Nachteils
 - a) Objektiv-wirtschaftliche Bewertung des Vermögens
 - b) Individueller Schadenseinschlag
 - c) Spezieller Schaden für Risikogeschäfte
 - d) Konsequenzen der Kritik an der objektiv-individuellen Bestimmung des Nachteils
 - e) Eigene Lösung zur Bestimmung des Wertes eines Vermögensgegenstandes
 - f) Einwände gegen die Maßgeblichkeit des Tauschwertes für das Strafrecht
- 3. Besonderheiten bei der Bankenuntreue
 - a) Bewertung anhand des Bilanzwertes
 - b) Konsequenzen des Nachteilsbegriffes für die Bankenuntreue
- 4. Gesamtbetrachtung als Restriktionsansatz
- 5. Fazit zum Nachteil

III. Vorsatz

- 1. Restriktion des Tatbestandes mittels strengerer Anforderungen an den Vorsatz
- 2. Fehlen des voluntativen Elements beim Eventualvorsatz
- 3. Konsequenzen für die Bankenuntreue

Dritter Teil: Zurechnungszusammenhänge bei § 266 StGB

C. Kausalität

D. Objektive Zurechnung

I. Historische Entwicklung

II. Übertragbarkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand der

Untreue

1. Anwendung der objektiven Zurechnung bei Vorsatzdelikten
2. Notwendigkeit der Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand der Untreue
3. Zwischenergebnis

III. Bankenuntreue und objektive Zurechnung

1. Pflichtwidrigkeitszusammenhang
2. Schutzzweckzusammenhang
3. Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr

IV. Ergebnis zur objektiven Zurechnung

E. Unmittelbarkeitsprinzip

- I. Anwendbarkeit auf § 266 StGB
- II. Auswirkungen auf die Bankenuntreue

Vierter Teil: Fazit und Ausblick

Literaturverzeichnis

Einleitung

Der Straftatbestand der Untreue hat sich in den vergangenen Jahren zu einem der bekanntesten Tatbestände des Strafgesetzbuches entwickelt. Kaum ein Tag vergeht, ohne dass nicht in den Medien über Ermittlungs- oder Gerichtsverfahren mit Bezug zur Untreue berichtet wird.¹ Sei es aufgrund der mit Wirtschaftsgrößen besetzten Anklagebank, sei es aufgrund der hohen Schadenssummen.² Es scheint als erobere der Tatbestand der Untreue täglich neue Anwendungsgebiete. Insbesondere wirtschaftliche Sachverhalte geraten in das Visier der Strafverfolgungsbehörden. So wird bereits diskutiert, ob der Tatbestand der Untreue auch zur strafrechtlichen Aufarbeitung der Finanzkrise eingesetzt werden könnte.³ Bereits heute werden zahlreiche wirtschaftliche Konstellationen durch den Tatbestand der Untreue erfasst.⁴ Verwiesen sei etwa auf die Fallgruppen der Haushalts- und Bankenuntreue sowie der Untreue im Zusammenhang mit schwarzen Kassen oder Kick-Back-Zahlungen. Neben diesen etablierten Untreue-Fallgruppen gibt es jüngere Konstellationen, welche noch diskutiert werden und deshalb noch nicht als etablierte Fallgruppen angesehen werden können, wie etwa die Frage nach der strafrechtlichen Zulässigkeit von Appreciation Awards.⁵ Juristisch lässt sich der weite Anwendungsbereich des § 266 StGB mit der relativen Offenheit des Tatbestandes erklären. Diese ermöglicht es, nahezu jeden als unangemessen empfundenen Umgang mit Geld in die Nähe des Untreuetatbestandes zu rücken.⁶ Zunehmend entsteht der Eindruck, der Anwendungsbereich des § 266 StGB sei allein durch die Fantasie der Rechtsanwender beschränkt.

Die allgemeine „Untreueeuphorie“ in den Medien und in der Rechtspraxis hat bewirkt, dass sich auch die Strafrechtswissenschaft wieder in wachsendem Maße mit dem Tatbestand des § 266 StGB beschäftigt.⁷ Ausgangspunkt eines Großteils der Stellungnahmen ist die Weite des Tatbestandes, die es zu begrenzen gelte.⁸ Gleichzeitig wird betont, dass der Untreuetatbestand einer der wenigen ist, welcher sich gegen die

Oberschicht in der Gesellschaft richtet und so dem Entstehen eines Klassenstrafrechts entgegenwirkt. Entsprechend kontrovers wird auch die Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB beurteilt. Während einige Autoren den Tatbestand der Untreue für verfassungswidrig erachten,⁹ sind andere Autoren der Ansicht der Tatbestand sei verfassungsmäßig und unentbehrlich, um kriminelle Handlungen im Wirtschaftsbereich zu bekämpfen.¹⁰ Im Zusammenhang mit dieser Auseinandersetzung über die Untreue gerät die Frage nach der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit der Tathandlungen häufig in den Hintergrund. Oft ist es gerade bei einzelnen der zahlreichen Untreue-Fallgruppen zweifelhaft, ob die Handlungen des Täters den Einsatz des Strafrechts erforderlich machen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Kreditvergaben durch Bankmitarbeiter. Trotz des häufig fehlenden Eigeninteresses des Täters und der schwierigen Abgrenzung zwischen erlaubten und verbotenen Kreditvergaben, wird hier das Strafrecht eingesetzt, um etwaige Fehlverhalten zu sanktionieren.

Gegenstand dieser Arbeit ist eine Untersuchung des Untreuetatbestandes aus einer wirtschaftsstrafrechtlichen Perspektive. Dabei wird sich die Untersuchung auf die Fallkonstellation der Bankenuntreue beschränken, welche ein Paradebeispiel für die Anwendung der Untreue im Bereich der Wirtschaft darstellt. Diese Einschränkung erlaubt es, den Fokus auf die einzelnen Merkmale des Untreuetatbestandes zu richten, ohne sich mit zahlreichen fallgruppenspezifischen Problemen auseinandersetzen zu müssen. Im Mittelpunkt der Arbeit stehen dabei zwei Fragestellungen: Zum einen wird der Frage nach der Notwendigkeit von Strafe im Bereich der Wirtschaft nachgegangen. Zum anderen wird der Versuch unternommen, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes zu begrenzen, ohne hierfür auf Einzelfalllösungen oder auf dogmatisch fragwürdige Konstruktionen zurückgreifen zu müssen.

A. Definition der „Bankenuntreue“ und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf die Täterschaft

Zunächst ist es erforderlich zu klären, was unter einer „Bankenuntreue“ zu verstehen ist. Der Begriff „Bankenuntreue“ ist in keinem Gesetz definiert, noch wird er in einer Norm verwendet, eine Legaldefinition existiert

folglich nicht. „Bankenuntreue“ ist somit kein originär strafrechtlicher Begriff, vielmehr hat er sich erst durch die Auseinandersetzung mit der Untreue im Bankbereich herausgebildet. Bei einer unbefangenen Interpretation des Begriffes könnte hierunter jede strafbare Untreue im Zusammenhang mit Bankgeschäften verstanden werden. Von der einfachen Veruntreuung durch einen „Griff in die Kasse“ bis hin zu komplexen Sachverhalten, wie der Veruntreuung von Bankvermögen durch hochspekulative Anlage, sind zahlreiche Konstellationen vorstellbar.

Soweit diese Arbeit den Begriff „Bankenuntreue“ verwendet, ist darunter die Untreue durch Kreditvergaben zu verstehen. Eine Bankenuntreue liegt somit vor, wenn durch die pflichtwidrige Kreditvergabe dem Vermögen der Bank vorsätzlich ein Nachteil zugefügt wird. Als Täter der Bankenuntreue kommen folglich nur Bankmitarbeiter in Betracht, da nur sie die Möglichkeit haben, Kredite zu vergeben. Dieses Begriffsverständnis ist angelehnt an *Martin*, welche in ihrer Dissertation – soweit ersichtlich – erstmals den Begriff der Bank[en]untreue verwendet hat.¹¹ Ihr folgend haben zahlreiche Autoren die Untreue durch Kreditvergaben ebenfalls als Bankenuntreue bezeichnet.¹²

Neben der Begrenzung der Arbeit auf den Bereich der Untreue durch Kreditvergaben, wird die Arbeit zudem auf die Untersuchung der täterschaftlichen Begehung der Untreue begrenzt. Ausgeklammert wird somit die Frage nach der Strafbarkeit des Teilnehmers. Dort würde sich insbesondere die Frage nach der notwendigen Teilnahme des Kreditnehmers stellen, da erst die Beantragung eines Kredites durch den Kreditnehmer es dem Bankangestellten überhaupt ermöglicht, die Tat zu begehen. Da diese Problematik nicht dem Ziel der Arbeit dient, den Tatbestand der Untreue besser zu konturieren, kann eine Erörterung unterbleiben.

B. Gang der Darstellung

Im ersten Teil der Arbeit (B.) geht es um die Frage, warum es notwendig ist, das Vermögen vor Angriffen von Innen mittels des Tatbestandes der Untreue zu schützen. Dabei steht die Untreue als ein Delikt zur Bekämpfung von Kriminalität im Bereich der Wirtschaft im Mittelpunkt.

Nicht nur wird nach der generellen Legitimation und Legitimierbarkeit der Untreue gefragt, vielmehr wird untersucht, ob auch im Bereich der Wirtschaft und speziell für die Konstellation der Bankenuntreue staatliche Strafe zwingend erforderlich ist. Am Schluss der Auseinandersetzung mit der Frage der Notwendigkeit von Strafe für den Bereich der Bankenuntreue wird ein Fazit gezogen. Die gewonnenen Erkenntnisse dienen dann als Auslegungsmaßstab für den Fortgang der Untersuchung.

Im zweiten Teil der Arbeit (C.) wird es dann um die speziellen Aspekte des Untreuetatbestandes im Zusammenhang mit der Bankenuntreue gehen. Bevor die einzelnen Tatbestandsmerkmale betrachtet werden, wird der Untersuchungsgegenstand weiter konkretisiert und einzelne übergeordnete Fragestellungen werden vorab bearbeitet. Insbesondere wird die Problematik der Risikogeschäfte, zu welchen die Bankenuntreue gerechnet wird, erörtert. Im Folgenden geht es um die Pflichtverletzung und den Vermögensnachteil bei der Untreue. Bei der Untersuchung der Pflichtwidrigkeit wird der Frage nachgegangen, wie sich das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer auf die Pflichtwidrigkeit auswirkt und welche Rolle gesetzliche Beschränkungen des Innenverhältnisses spielen. Zudem werden einzelne Restriktionsansätze dargestellt und bewertet. Die Untersuchung des Nachteils beginnt mit der Fragestellung, zu welchem Zeitpunkt der Nachteil berechnet werden muss. Es wird sodann der objektiv-individuelle Schadensbegriff kritisch untersucht und die Frage aufgeworfen, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung der Wert einer Sache rein objektiv bestimmt werden kann. Im Anschluss wird der Versuch unternommen, die Bestimmung des Nachteils mehr an wirtschaftlichen Grundsätzen zu orientieren, wofür insbesondere das Bilanzrecht herangezogen wird. Sodann wird untersucht, welche Besonderheiten die Bestimmung des Nachteils bei der Bankenuntreue aufweist und wie sich die zuvor entwickelte Lösung zum Schadensbegriff auf die Konstellation der Bankenuntreue auswirkt. Der letzte Abschnitt des zweiten Teils widmet sich dem Vorsatz. Dabei wird vor allem auf die Versuche der Rechtsprechung eingegangen, den zu weiten objektiven Tatbestand mittels des subjektiven Tatbestandes zu beschränken.

Im dritten Teil der Arbeit (D.) werden die Zurechnungszusammenhänge bei der Untreue betrachtet. Im Anschluss geht es um die Lehre von der

objektiven Zurechnung, welche im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Untreue noch kaum untersucht wurde. Dabei wird zunächst geklärt, ob die Lehre von der objektiven Zurechnung generell auf § 266 StGB angewendet werden kann. Hierfür wird die historische Entwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung skizziert und die Anwendung der objektiven Zurechnung bei Vorsatzdelikten untersucht. Sodann werden die Auswirkungen der Übertragung der objektiven Zurechnung auf die Untreue in den Fokus genommen. Die Untersuchung beschränkt sich hier wieder auf die Auswirkungen auf die Bankenuntreue. In einem letzten Schritt geht es dann um das aus der Betrugsdogmatik bekannte Unmittelbarkeitsprinzip, welches, wie die objektive Zurechnung, zur Begrenzung des Untreuetatbestandes herangezogen wird.

Schlussendlich werden in einem letzten Teil (E.) die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst, ein Fazit gezogen und ein Ausblick gegeben.

Erster Teil: Erster Teil: Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit der Bankenuntreue

Die Untreue ist einer der schwammigsten und umstrittensten Tatbestände des Strafgesetzbuches. Ransiek formuliert treffend:

„§ 266 StGB passt immer.“¹³

Diese auf den ersten Blick provokante Aussage erweist sich bei genauerem Hinsehen nicht als vollkommen falsch. Die Untreue umfasst aufgrund ihrer Unbestimmtheit zahllose Konstellationen des täglichen Lebens. Vor allem im wirtschaftlichen Bereich kommt häufig eine Anwendung in Betracht. Allein die Einordnung in zahlreiche Fallgruppen unterschiedlichster Art zeigt, dass die Untreue im Gegensatz zu anderen Delikten einen besonders großen Anwendungsbereich hat. Als Beispiele sollen hier nur die Haushalts-, Parteien-, Spenden-, Gesellschafts- und eben die Bankenuntreue dienen.

Im folgenden Abschnitt wird die Legitimation der Bankenuntreue überprüft. Dazu wird zunächst der Strafgrund der Untreue im Allgemeinen herausgearbeitet und auf seine Legitimation hin überprüft. Dabei wird der Schwerpunkt auf den Bereich der Wirtschaft gelegt. In einem zweiten Schritt wird auf die Besonderheiten bei der Fallkonstellation der Bankenuntreue eingegangen. Ziel ist es, die Notwendigkeit von Strafe im Bereich von Kreditvergaben kritisch zu hinterfragen und Leitkriterien für die Auslegung des § 266 StGB in der Fallkonstellation der Bankenuntreue herauszuarbeiten. Der Untreuetatbestand ist arm an gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen, weswegen er einen weiten Anwendungsbereich hat. Diese verfassungsrechtlich bedenkliche Weite des Tatbestandes und die „altruistische“ Handlungsweise des Bankmitarbeiters¹⁴ lassen an der Notwendigkeit von Strafe im Bereich der Bankenuntreue zweifeln und machen eine Beschäftigung mit der Legitimation der Strafe bereits zu Beginn der Arbeit notwendig.

A. Notwendige Vorarbeiten

Aufgabe des Strafrechts ist nach herrschender Ansicht der Rechtsgüterschutz.¹⁵ Andere Auffassungen, welche im Wesentlichen den Schutz der Geltung der bestehenden Rechtsnormen als Aufgabe des Strafrechts ansehen, haben sich (bislang) nicht durchsetzen können.¹⁶ Der Vorteil der Lehre vom Rechtsgüterschutz gegenüber den anderen Lehren ist in der Wirkung sowohl gegenüber dem Gesetzesanwender als auch gegenüber dem Gesetzgeber zu sehen. So vermag die Lehre vom Rechtsgüterschutz auch dem Strafgesetzgeber Handlungsanweisungen und Schranken zu geben.¹⁷ Die Entscheidungen des Strafgesetzgebers können auf Plausibilität und Gerechtigkeit nachvollzogen und anhand der Verfassung überprüft werden. Zugleich wird dem Strafgesetzgeber ein plausibles und handhabbares Kriterium zur Verfügung gestellt, um gerechte Strafnormen und Strafmaße zu schaffen.¹⁸ Somit fordert die Lehre vom Rechtsgüterschutz für die Legitimation staatlicher Strafe ein schützenswertes Rechtsgut, welches durch den Täter gefährdet oder verletzt wird.¹⁹ Durch das Erfordernis der Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes werden Handlungen mit geringerer Sozialschädlichkeit oder Sozialgefährlichkeit, wie beispielsweise bloße Belästigungen oder unerwünschtes Verhalten, bereits als nicht strafwürdig klassifiziert.²⁰ Hierdurch wird sichergestellt, dass nur die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens durch die Drohung mit den besonders einschneidenden Folgen des Strafrechts geschützt werden, beziehungsweise nur die besonders sozialschädlichen Verhaltensweisen mit Strafe bedroht werden.²¹ Diese Voraussetzung wird im Folgenden als Strafwürdigkeit bezeichnet.

Die bloße Strafwürdigkeit eines Verhaltens reicht noch nicht aus, um staatliche Strafe zu legitimieren. Neben der Strafwürdigkeit muss auch die Voraussetzung der Strafbedürftigkeit erfüllt sein.²² Ein Verhalten ist nur dann strafbedürftig, wenn Strafe das geeignete und erforderliche Mittel ist, um der Gefahr für das Rechtsgut zu begegnen.²³ Das Kriterium der Strafbedürftigkeit sichert so den fragmentarischen Charakter des Strafrechts. Erst wenn andere Mittel sozialer Kontrolle, zu denen insbesondere das Zivilrecht und das Öffentliche Recht gehören, nicht hinreichend geeignet sind, darf der Staat das subsidiäre Strafrecht als „Ultima Ratio“ einsetzen.²⁴ Demnach darf keine Strafnorm erlassen werden, wenn unter mehreren gleich geeigneten Mitteln ein milderes als

das Strafrecht vorhanden ist, wobei zu berücksichtigen ist, dass dem Gesetzgeber ein nicht überprüfbarer Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einzuräumen ist.²⁵ Im Gegensatz zur Strafwürdigkeit, welche im Wesentlichen auf die Sozialschädlichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung abstellt, steht im Rahmen der Strafbedürftigkeit der Zweck der staatlichen Strafe im Vordergrund. Es geht also um die Frage, welche Ziele der Staat mit der Bestrafung verfolgt. So kann der Staat den Zweck verfolgen, den Täter zu resozialisieren, er kann aber auch nur die Rechtsbewährung mit der Strafe bezwecken, um nur einige Beispiele zu nennen.²⁶ Der im Grundgesetz verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie das Übermaßverbot stellen weitere Grenzen für die Kriminalisierung von Verhaltensweisen dar.²⁷ Die Kriminalisierung eines Verhaltens bedarf mithin einer umfassenden und sorgfältigen Abwägung durch den Strafgesetzgeber.²⁸ So folgt aus dem Subsidiaritätsprinzip, dass die Existenz einer Strafnorm der Begründung bedarf und nicht umgekehrt die Streichung einer Strafrechtsnorm begründungspflichtig ist. Aufgrund dessen muss eine Strafnorm auch nicht nur zum Zeitpunkt ihres Erlasses legitim, sondern auch in der aktuellen Zeit begründbar sein.²⁹

B. Strafwürdigkeit der Untreue

Die Strafwürdigkeit setzt ein schützenswertes Rechtsgut voraus, welches durch den Täter gefährdet oder verletzt wird. Das Rechtsgut der Untreue ist – ausschließlich³⁰ – das Vermögen.³¹ Dieses wird durch die Untreue vor der Zufügung eines Nachteils durch den Täter geschützt.³² Somit ist die Untreue ein klassisches Vermögensdelikt.³³ Anders als beim Betrug oder der Erpressung wird im Rahmen der Untreue das Vermögen nicht vor Angriffen von „außen“, sondern vor Angriffen von „innen“ geschützt. Während bei anderen Vermögensdelikten der Täter erst durch die Tathandlung die Möglichkeit erhält, über das Vermögen zu verfügen, hat der Täter der Untreue diese Möglichkeit bereits aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses, welches zwischen ihm und dem Vermögensinhaber besteht. Die Ausnutzung einer eingeräumten Vertrauensstellung ist somit das charakteristische Handlungsunrecht der Untreue.³⁴ Dabei gebraucht der Täter die ihm eingeräumten

Handlungsspielräume fehlerhaft und schädigt so das Vermögen des Opfers.³⁵

Treffend formuliert *Binding*:

Das Vermögen findet „[...] seinen Feind g(e)rade in der Person, der es von Rechts wegen unterstellt ist, und gegen diese bedarf sein Inhaber energischen Schutzes [...]“.³⁶

Während der erste Teil dieses Zitats die Angriffsart auf das Vermögen beschreibt und sich selbst erklärt, bedarf der zweite Teil einer genauen Überprüfung. Warum das Vermögen vor Angriffen von innen geschützt werden muss, erscheint zunächst fraglich. So könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Vermögensinhaber durch die Einräumung der Vertrauensstellung freiwillig und bewusst sein Vermögen der Gefahr einer Schädigung ausgesetzt hat. Um sich vor einer Schädigung durch den Treupflichtigen zu schützen, hat der Vermögensinhaber hinreichende Vorkehrungen zu treffen, beziehungsweise muss sich mit dem zivilrechtlichen Schutz des Vermögens begnügen. Auch die historische Entwicklung des Strafrechts zeigt, dass der strafrechtliche Schutz des Vermögens vor Angriffen von „innen“ nicht immer als notwendig erachtet wurde. So gab es im römischen und germanischen Recht keine Vorschrift der Untreue, die Geschädigten waren in Ihrem Schutz auf das Zivilrecht beschränkt.³⁷ Auch in der neueren Rechtsgeschichte wurden zunächst nur treulose Handlungen bestimmter Personen- und Berufsgruppen mit dem Strafrecht geahndet.³⁸ Erst in jüngerer Zeit wurde der Schutz vor Treubruch ausgeweitet und ist nun unabhängig von der beruflichen Tätigkeit.

Trotzdem ist *Binding* zuzustimmen und ein Schutz des Vermögensinhabers auch vor Angriffen von „innen“ notwendig.³⁹ Dies beruht insbesondere auf der Komplexität des heutigen Wirtschafts- und Soziallebens. Heutzutage ist es unumgänglich, Teile des eigenen Vermögens Dritten zur Disposition zu überlassen.⁴⁰ Als Beispiel sei hier nur die Aktiengesellschaft angeführt, deren Management das Vermögen des Unternehmens und somit das Vermögen sämtlicher Aktionäre zu betreuen hat. Aber auch im privaten Bereich ist es kaum möglich, das eigene Vermögen ausschließlich alleine zu verwalten. So führt bereits die Anlage von Geld in einem Aktienfond dazu, dass dem Fondsmanager die alleinige

Befugnis zur Betreuung des angelegten Vermögens übertragen wird. Daneben wäre ohne § 266 StGB auch die Ahndung von Vermögensschädigungen durch Personen in verantwortungsvollen Positionen nicht möglich. Dies soll an einem Beispiel verdeutlicht werden:⁴¹

Der einfache Angestellte einer GmbH stellt einen ihn begünstigenden Scheck auf die GmbH aus und fälscht dabei die Unterschrift des Geschäftsführers. Anschließend löst er diesen Scheck bei der Bank ein. Der Angestellte wäre wegen Betruges gegenüber dem Bankangestellten zu Lasten der GmbH und außerdem wegen Urkundenfälschung bezüglich des Schecks zu bestrafen. Stellt ein Geschäftsführer der GmbH einen ihn begünstigenden Scheck aus, so scheidet die Qualifizierung als Betrug mangels Täuschung aus. Der Geschäftsführer kann kraft des ihm eingeräumten Handlungsspielraumes rechtswirksam Schecks ausstellen. Dieses rechtliche Können im Außenverhältnis ist unabhängig von einem rechtlichen Dürfen im Innenverhältnis, sodass sich eine Beschränkung im Innenverhältnis hier nicht weiter auswirkt. Auch eine Urkundenfälschung kommt mangels einer falschen Urkunde nicht in Betracht. Ohne die Untreue würde die zweckwidrige Verwendung des Geldes durch den Geschäftsführer also straflos bleiben.

Das Beispiel zeigt deutlich, dass der Vermögensinhaber dem Treupflichtigen nach Einräumung der Vertrauensstellung schutzlos ausgeliefert ist und es diesem, aufgrund seiner unmittelbaren Nähe zum Vermögen, ein leichtes ist, das Vermögen zu schädigen. Die Vertrauensstellung und die damit einhergehende Einräumung von Dispositionsmacht schaffen eine hohe Gefährdungslage für das Vermögen. In der modernen Wirtschaft, in der das Auseinanderfallen von Vermögen und Verantwortung für dieses Vermögen immer mehr an Bedeutung gewinnt, ist das Untreueverbot deshalb unverzichtbar.⁴² Zudem besteht aufgrund der hohen gesellschaftlichen Position der Täter und der damit zumeist einhergehenden Verfügungsgewalt über große Vermögensmassen auch ein enormes Schädigungspotenzial.⁴³ Das Rechtsgut Vermögen wäre ohne den Straftatbestand der Untreue vor den besonders gefährlichen Angriffen von „innen“ schutzlos und der Gefahr von erheblichen Schäden innerhalb der Beziehungen der Rechtsgesellschaft könnte nicht strafrechtlich begegnet werden. Somit ist die Voraussetzung der

Strafwürdigkeit für die Untreue gegeben.

C. Strafbedürftigkeit der Untreue

Nachdem festgehalten werden konnte, dass eine Strafwürdigkeit für die Untreue grundsätzlich gegeben ist, gilt es nun, die Strafbedürftigkeit zu untersuchen. Der Untreuetatbestand müsste geeignet und erforderlich sein, um der Rechtsgutsverletzung zu begegnen. Die Untreue ist einer der älteren und zugleich umstrittensten Tatbestände des Strafgesetzbuches. Während einige Autoren die Untreue für überflüssig oder gar verfassungswidrig halten,⁴⁴ sind andere Autoren der Auffassung, die Untreue sei für den Bereich der Wirtschaft aufgrund ihrer Flexibilität unersetzlich.⁴⁵ Im Folgenden wird zunächst gefragt, ob die Untreue als Wirtschaftsdelikt einzuordnen ist. Im Anschluss wird die Strafbedürftigkeit von Wirtschaftsdelikten untersucht und zugleich gefragt, inwiefern die Überlegungen zu den WiKGs (Wirtschaftskriminalitätsbekämpfungsgesetzen) auf die Untreue übertragen werden können. Schließlich geht es noch um die Kritik am modernen (Wirtschafts-)Strafrecht und die Frage, inwieweit diese Kritik auch auf die Untreue passt. In einem letzten Teil wird auf die neuere Untreue-Diskussion eingegangen und untersucht, ob sich aus dieser Schlüsse für die Strafbedürftigkeit ziehen lassen.

I. Die Untreue als Wirtschaftsdelikt

Über eine allgemein anerkannte Definition für den Begriff Wirtschaftsstrafrecht wird trotz der inzwischen langen Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts weiterhin gestritten.⁴⁶ Die Schwierigkeiten, eine handhabbare Definition für das Wirtschaftsstrafrecht zu finden, basieren auf mehreren Faktoren. Zum einen erschweren die Komplexität und die sich ständig wandelnden Formen der Kriminalität eine klare Definition. Zum anderen führen unterschiedlich orientierte Herangehensweisen, seien es kriminologisch-soziologisch, kriminaltaktisch oder am Rechtsgutsschutz orientierte, zu einer Vielzahl von Definitionsansätzen.⁴⁷

Die klassische soziologisch-kriminologische Definition stammt von

*Sutherland*⁴⁸. Die von ihm in die wissenschaftliche Diskussion eingeführte „white-collar-criminality“ ist ursprünglich nicht identisch mit dem Begriff der Wirtschaftskriminalität, wurde aber im weiteren Verlauf der wissenschaftlichen Diskussion deckungsgleich verwendet.⁴⁹ Nach *Sutherland* umfasst white-collar-criminality Straftaten, welche von ehrbaren Personen mit hohem sozialem Ansehen im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit begangen werden.⁵⁰ Darauf aufbauend wurde diese Definition verfeinert, und es haben sich die Begriffe „occupational crime“⁵¹ und „corporate crime“⁵² durchgesetzt, welche auf die Besonderheiten des Täters beziehungsweise der Begehungsform eingehen.

Aus kriminaltaktischen Gründen wurde durch Änderung des GVG⁵³ ein Katalog von Straftaten in § 74c GVG aufgenommen, welche die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern regelt. Teilweise wurde versucht durch die Enumerierung der Straftaten das Wirtschaftsstrafrecht zu definieren, jedoch besteht inzwischen Einigkeit über die Undurchführbarkeit eines solchen Unterfangens.

Die heute weit überwiegende Ansicht ist rechtsdogmatischer Natur und versucht, vom Rechtsgut ausgehend, eine Definition für das Wirtschaftsstrafrecht zu finden. Demnach liegt dann Wirtschaftskriminalität vor, wenn unter Missbrauch des im Wirtschaftsverkehr nötigen Vertrauens, bei Ausübung des Berufes, gehandelt wird und neben Schädigungen individueller Rechtsgüter auch Belange der Allgemeinheit berührt werden.⁵⁴ Nicht eindeutig geklärt ist, was unter Belangen der Allgemeinheit zu verstehen ist. Der weit überwiegende Teil der Literatur fordert zumindest auch den Schutz eines überindividuellen Rechtsgutes.⁵⁵ Zusätzlich sollen Anonymität der Opfer und geringe Sichtbarkeit des Rechtsbrechers charakteristisch für Wirtschaftsstraftaten sein.⁵⁶

Nach dem kriminologisch-soziologischem Ansatz von *Sutherland* ist die Untreue als Wirtschaftsstrafrecht einzuordnen, da Täter der Untreue nur der Inhaber einer Vermögensbetreuungspflicht sein kann. Eine Vermögensbetreuungspflicht haben typischerweise Personen einer gehobenen sozialen Schicht inne.⁵⁷ Nach dem kriminaltaktischen Ansatz hängt die Zuweisung eines Untreuefalles an die Wirtschaftsstrafkammer von dem konkreten Fall ab. Sobald die Klärung des Falles besondere

Kenntnisse der Wirtschaft erfordern, ist das Verfahren an eine spezielle Kammer für Wirtschaftsstraftaten zu verweisen, sodass § 266 StGB dann auch dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuordnen ist. Nach der rechtsdogmatischen Ansicht ist die Einordnung als Wirtschaftsstrafrecht hingegen zweifelhaft. So schützt § 266 StGB nach herrschender Ansicht allein das Vermögen und kein weiteres überindividuelles Rechtsgut.⁵⁸ *Weber* verweist aber auf die Möglichkeit, dass das Vertrauen in die Wirtschaft auch durch groß angelegte Betrugereien im Wertpapierbereich erschüttert werden kann. Aufgrund dessen könne es keinen Numerus Clausus der Wirtschaftsstraftaten geben, da auch klassische Vermögensdelikte wie der Betrug nach § 263 StGB oder die Untreue nach § 266 StGB die Definition der Wirtschaftsdelikte erfüllen können.⁵⁹ Die Argumentation von *Weber* erscheint auf den ersten Blick schlüssig, berücksichtigt man die zahllosen Strafverfahren und die Medienberichte über straffällige Manager,⁶⁰ welche in jüngerer Zeit das Vertrauen in die Wirtschaft und die wirtschaftlichen Eliten erschüttert haben. Diese, von einer breiten Medienaufmerksamkeit begleiteten, (Wirtschafts-)Strafverfahren drehten sich zumeist um die „klassischen“ Vermögensdelikte wie Untreue oder Betrug.⁶¹ Dennoch ist *Weber* entgegenzuhalten, dass er damit gerade das überindividuelle Rechtsgut als – wahrscheinlich schärfstes – Abgrenzungsmerkmal ad absurdum führt, wenn er von diesem wieder Ausnahmen zulässt. Festzuhalten bleibt: Weder vonseiten des Täterkreises noch von der Schutzrichtung der betroffenen Norm konnte eine eindeutige, konturierte und praktikable Definition des Wirtschaftsstrafrechts gefunden werden.⁶² Somit ist für den Begriff des Wirtschaftsstrafrechts mit *Weber* eine relative Offenheit der Definition zu akzeptieren und im Einzelfall zu prüfen, ob eine Norm im konkreten Fall dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuordnen ist.⁶³

Für die Untersuchung der Strafbedürftigkeit der Untreue ist insbesondere die rechtspolitische und kriminologische Einordnung des Tatbestandes relevant.⁶⁴ Demnach ist eine Norm dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuordnen, wenn sie geeignet, ist das Vertrauen in die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung zu gefährden und wesentliche materielle Schäden zu verursachen, welche sich auf die Wirtschaft im Allgemeinen oder einzelne Teile auswirken können.⁶⁵ Ein weiteres Kriterium ist die sogenannte „Sogwirkung“, die von einer Straftat ausgehen kann.⁶⁶ Dass durch die

Untreue das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung erschüttert werden kann, wurde bereits aufgezeigt.

Daneben können durch die Untreue auch erhebliche wirtschaftliche Schäden entstehen. Als neueres Beispiel sei hier der Fall „Bremer Vulkan“ genannt sowie die momentan die Kreditwirtschaft erschütternde Bankenkrise, in deren Rahmen ebenfalls wegen Untreue ermittelt wird.⁶⁷

Aus der für die Strafbedürftigkeit wesentlichen Sicht ist die Untreue somit als Wirtschaftsdelikt einzuordnen.⁶⁸ Dass die Untreue aus streng rechtsdogmatischer Sicht – zumindest nach der weit überwiegenden Ansicht – kein überindividuelles Rechtsgut schützt und somit kein klassisches Wirtschaftsstrafrecht darstellt, steht dem nicht entgegen. Denn für die Frage der Strafbedürftigkeit kommt es nicht auf die rechtsdogmatische Einordnung, sondern auf eine kriminologisch-soziologische und rechtspolitische Einordnung an. Es geht also um die Frage, welche Zwecke mit der Norm verfolgt werden. Dass die Untreue eine wesentliche Rolle in der Bekämpfung von Straftaten im Zusammenhang mit der Wirtschaft spielt, ist aber weitestgehend unbestritten.⁶⁹ So kann für den Bereich hier eine etwas offenere Definition gewählt werden, welche auch § 266 StGB umfasst.⁷⁰

II. Strafbedürftigkeit von Wirtschaftsdelikten

Nachdem festgestellt wurde, dass die Untreue ein Wirtschaftsdelikt ist, gilt es nun, die Strafbedürftigkeit von Wirtschaftsdelikten zu untersuchen. Hierfür werden zunächst die dem ersten und dem zweiten Wirtschaftskriminalitätsbekämpfungsgesetz (1. und 2. WiKG) vorangegangene wissenschaftliche Diskussion sowie die letztendlichen Entscheidungsgründe des Gesetzgebers untersucht. In einem zweiten Schritt wird gefragt, inwiefern diese auch auf die Untreue übertragbar sind. Schließlich wird die Kritik der sogenannten „Frankfurter Schule“ betrachtet und untersucht, inwieweit diese auf die Untreue übertragbar ist.

1. Überlegungen zum 1. WiKG und Übertragung dieser auf § 266 StGB

Die erste umfassende Diskussion über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit von Strafen im Wirtschaftsbereich ging mit der

Einführung des 1. WiKG einher.⁷¹ Ende der 60er-Jahre wurden erstmals auch die negativen Aspekte des „Wirtschaftswunders“ sichtbar. Übersteigter Wettbewerb und übertriebene Profitgier führten zu hohen volkswirtschaftlichen Schäden. Zugleich konnten die Strafverfolgungsbehörden den raffinierten Vorgehensweisen der Wirtschaftskriminellen nur wenig entgegensetzen.⁷² Aufgrund dieser gesellschaftlichen Entwicklung beschloss der 49. Deutsche Juristentag die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in den Mittelpunkt seiner Verhandlungen zu stellen.⁷³ Zur Vorbereitung der Verhandlungen wurde *Tiedemann* beauftragt, ein Gutachten zu der Frage „Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?“ zu erstellen.⁷⁴ Dieses viel beachtete Gutachten wurde die Grundlage für die anschließende Diskussion zum Wirtschaftsstrafrecht und war der Wegbereiter für die Wirtschaftskriminalitätsbekämpfungsgesetze.⁷⁵

Durch das 1. WiKG und das 2. WiKG wurde in der Folge eine Reihe von Tatbeständen in das StGB eingeführt, welche im Umfeld von Betrug und Untreue anzusiedeln sind.⁷⁶ Diese sollten die bereits vorhandenen Tatbestände des klassischen Vermögensstrafrechts ergänzen, soweit diese sich nicht eignen, um den Gefahren der modernen Wirtschaft Herr zu werden.⁷⁷ Die Überlegungen zu den WiKG haben somit allgemeine Bedeutung für die rechtspolitischen Einschätzungen zur Wirtschaftskriminalität.

a) Umgekehrtes Klassenstrafrecht

Ende der 60er-Jahre wurde zunehmend die mangelnde Ahndung von wirtschaftskriminellen Machenschaften zum medialen Thema.⁷⁸ Schlagzeilen wie „Gangster die niemand verfolgt und bestraft“ fanden Einzug in seriöse Zeitungen.⁷⁹ Auch in der Tagespolitik richtete sich die Aufmerksamkeit zunehmend auf den Bereich der Wirtschaftskriminalität.⁸⁰ Angeprangert wurde vor allem die Hilflosigkeit des Staates bei der Abwehr von Wirtschaftskriminalität.⁸¹ Das damals geltende Strafgesetzbuch war als Strafrecht

„[...] gegen die Armen und Dummen [...]“⁸²

in die Kritik geraten. Aus dieser gesellschaftlichen Diskussion resultierte das rechtspolitische Ziel auch die „Weiße-Kragen-Täter“ zu fassen, wobei die Diskussionen teilweise sogar eine Stigmatisierung mittels einer besonderen Sünderkartei vorsahen.⁸³ Dem gesellschaftlichen Vorurteil, dass das Strafrecht die „Kleinen hängt und die Großen laufen lässt“, sollte entgegengewirkt werden. Ziel des Gesetzgebers war folglich auch die verstärkte Verfolgung von Wirtschaftsstraftätern und die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.⁸⁴ Aufgrund dieser Unzulänglichkeiten des Gesetzes in Bezug auf die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität hat der Gesetzgeber das geltende Strafgesetzbuch reformiert.⁸⁵ Die Notwendigkeit einer solchen Reform begründete er insbesondere mit dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und dem Gebot der Sozialstaatlichkeit.⁸⁶ Diesen Geboten sei nicht Genüge getan, wenn

„[...] eine Rechtsordnung, [...] dem Fehlverhalten des durchschnittlichen Bürgers ohne Schwierigkeiten begegnen kann, jedoch vor Manipulationen von Intelligenztätern im Wirtschaftsverkehr allzu oft die Waffen strecken muß [...]“.⁸⁷

Diesem in der Bevölkerung tief verankertem Vorurteil, welches zumindest in Teilen auf einen tatsächlichen Misstand zurückzuführen ist,⁸⁸ sollte mit den Wirtschaftskriminalitätsbekämpfungsgesetzen entgegengewirkt werden.

b) Materielle Schäden durch Wirtschaftskriminalität

Ein weiterer Aspekt, der den Gesetzgeber zum Handeln im Bereich der Wirtschaftskriminalität veranlasste, ist in den hohen materiellen Schäden zu sehen, welche durch Wirtschaftskriminalität verursacht werden.⁸⁹ Zwar bestanden große Zweifel über die tatsächliche Höhe der materiellen Schäden, die durch Wirtschaftskriminalität verursacht wurden, dennoch wurde allgemein angenommen, es handele sich um eine beträchtliche Schadenssumme.⁹⁰ Bessere Daten hatte man zu der Schadensträchtigkeit von Einzelfällen von Wirtschaftskriminalität.⁹¹ Bereits einzelne Delikte mit wirtschaftlichem Bezug können zu Schadenssummen im Millionenbereich führen. Diesen hohen Schadenssummen stehen auf der anderen Seite die „lukrativen Erwerbschancen“ der Täter gegenüber, welche das Begehen eines Wirtschaftsdeliktes schnell als lohnend

erscheinen lassen. Diese Kombination aus hohem Schädigungspotenzial bei gleichzeitig hoher „Lukrativität“ und somit hohem Anreiz für kriminelle Handlungen macht einen Schutz vor Wirtschaftskriminalität mittels des Strafrechts notwendig.

c) Immaterielle Schäden durch Wirtschaftskriminalität

Die Notwendigkeit der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität wird an den durch sie verursachten immateriellen Schäden noch sehr viel deutlicher als an den bloßen materiellen Schäden.⁹² Der Anpassungsdruck, den einzelne kriminelle Marktteilnehmer auf den Wettbewerb ausüben können, kann dazu führen, dass Konkurrenten ihre einzige Chance zum Überleben im Wettbewerb darin sehen, sich ebenfalls krimineller Machenschaften zu bedienen.⁹³ Diese auch als Sogwirkung bezeichnete Folge von Wirtschaftskriminalität besteht vor allem im Kartell- und Subventionsrecht.⁹⁴ Beispielsweise kann ein Kartell zwischen einigen Anbietern den Wettbewerb so stark beeinflussen, dass sich andere Anbieter gezwungen sehen, sich diesem Kartell anzuschließen, um am Markt zu überleben. Auch die Beschäftigung von Schwarzarbeitern kann einen Anpassungsdruck auf Mitbewerber auslösen. Wenn etwa ein Betrieb viele Schwarzarbeiter beschäftigt und so konkurrenzlos günstige Dienstleistungen anbieten kann, sind die Mitbewerber gezwungen, ebenfalls Schwarzarbeit in ihrem Betrieb zuzulassen, wollen sie nicht aus dem Markt gedrängt werden. Dieser Sogwirkung soll das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates entgegenwirken.⁹⁵ Neben der Sogwirkung hat das Wirtschaftsstrafrecht auch eine Fern- oder Spiralwirkung. Hierunter versteht man die Notwendigkeit von Begleitdelikten, welche dazu dienen, die wirtschaftskriminellen Machenschaften zu ermöglichen oder zu decken. Dies sind vor allem Beste-chungs- und Urkundsdelikte.⁹⁶ So geht mit der illegalen Beschäftigung häufig die Fälschung von Dokumenten einher, um die Aufdeckung der Straftat zu verhindern. Neben diesen spezifischen Auswirkungen von Wirtschaftskriminalität darf nicht übersehen werden, dass sich Wirtschaftskriminelle mittels ihrer Straftat meist einen Wettbewerbsvorteil schaffen. Diese Wettbewerbsvorteile sind von der Konkurrenz häufig schwer oder sogar gar nicht mehr aufzuholen, sodass es zu gravierenden Wettbewerbsverzerrungen kommt.⁹⁷

d) Schutz der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung

Auch zum Schutz der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung ist eine Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität notwendig. Die hohen Gewinnchancen, bei gleichzeitigem Handeln der Täter im vermeintlich Legalen, senken die Hemmschwelle für die Begehung einer Wirtschaftsstraftat. Zusätzlich wird in einer marktwirtschaftlich geprägten Gesellschaft wirtschaftlicher Erfolg positiv gesehen und bewundert. Der Erfolg darf aber auch in einer Marktwirtschaft nicht um jeden Preis und mit jedem Mittel erlangt werden.⁹⁸ Um den Gefahren dieses „Raubtier-Kapitalismus“ zu begegnen, ist der generalpräventive Einsatz von Strafrecht erforderlich, da andere Rechtsgebiete nicht geeignet sind, in der Bevölkerung ein deutliches Unrechtsbewusstsein zu verankern.⁹⁹ Die zivilrechtliche Haftung etwa oder auch das Ordnungswidrigkeitenrecht sind in ihrer generalpräventiven Wirkung zu schwach, um ein hinreichendes Unrechtsbewusstsein zu schaffen. So wird die zivilrechtliche Haftung für Fehlverhalten meist mittels Versicherungen abgemildert. Ordnungswidrigkeiten werden als Kavaliersdelikte angesehen, was auf die „Ordnungswidrigkeiten des täglichen Lebens“, wie Falschparken oder Geschwindigkeitsüberschreitungen, zurückzuführen ist. Im Wege der negativen Generalprävention müssen deswegen potenzielle Täter durch Strafdrohungen von sozialschädlichem Verhalten abgeschreckt werden.¹⁰⁰

Eine weitere Schwierigkeit für die Etablierung eines Unrechtsbewusstseins im Bereich von Wirtschaftsdelikten ist die Anonymität der Opfer und die oft fließenden Übergänge vom wirtschaftlich erlaubten Handeln über solches im Graubereich bis hin zu strafrechtlich relevantem Verhalten. Auch sind die vom Wirtschaftsstrafrecht geschützten Universalrechtsgüter nicht sehr griffig. So ist zwar jedem klar, was es bedeutet, das Eigentum eines Dritten zu verletzen, die Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft ist hingegen sehr viel schwieriger zu erfassen. Diese Probleme bei der Etablierung eines Unrechtsbewusstseins machen den Einsatz des Strafrechts notwendig.¹⁰¹ Zudem erfordern die gravierenden Auswirkungen der Wirtschaftskriminalität auf die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung den Einsatz des Strafrechts. So kann das Vertrauen in das Wirtschaftssystem sowie in die ordnungsgemäße Funktionsweise

einzelner Branchen durch wirtschaftskriminelle Machenschaften zerstört werden. Daneben wird auch der Leistungswettbewerb, das Fundament jeder Marktwirtschaft, durch Wirtschaftskriminalität massiv verzerrt.¹⁰² Eine unzureichende Ahndung im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts wirkt sich somit auf das Vertrauen in die gesamte wirtschaftliche und soziale Ordnung aus und nicht nur auf das Ansehen der Justiz und der Strafverfolgungsorgane.¹⁰³

Zum Schutz der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung soll das Wirtschaftsstrafrecht auf verschiedene Weise wesentlich beitragen. Zunächst soll es die Funktion der positiven Generalprävention erfüllen. Um den Glauben der Bevölkerung an das bestehende gesellschaftliche und wirtschaftliche System zu erhalten, zu festigen und Zweifel im Keim zu ersticken, ist es notwendig, Verhaltensweisen, die diesem System zuwiderlaufen oder es gefährden zu kriminalisieren. Auch soll das Wirtschaftsstrafrecht der Fehlverteilung des Sozialproduktes aufgrund wirtschaftskrimineller Praktiken, wie auch der Gefahr von kriminellen Angriffen auf staatliche Wirtschaftsgüter entgegenwirken. Dies ist sowohl erforderlich, um Schäden zu vermeiden, als auch um Zweifel an der Gerechtigkeit der Rechts- und Wirtschaftsordnung entgegenzutreten. Zudem soll der – vermeintlichen – Sogwirkung von Wirtschaftsstraftaten sowie der geringen Hemmschwelle aufgrund der hohen „Gewinnchancen“ entgegengewirkt werden. Letztendlich haben auch die hohen Schadenssummen und die damit verbundenen Risiken für die Gesamtwirtschaft den Gesetzgeber dazu bewogen, die Wirtschaftskriminalität vehement zu bekämpfen.

e) Aktualität dieser Überlegungen und Anwendbarkeit auf § 266 StGB

Diese rechtspolitischen Erwägungen wurden nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der Untreue angestellt, vielmehr dienten sie der Legitimation des 1. WiKG und 2. WiKG, welche neue Straftatbestände zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität einführten.¹⁰⁴ Eine Übertragbarkeit der Wertungen ist jedoch aufgrund folgender Erwägungen möglich: Die Untreue wird überwiegend zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität eingesetzt, sie dient somit den gleichen Zielen wie die Wirtschaftskriminalitätsbekämpfungsgesetze.¹⁰⁵ Auch ist zur

Legitimation eines Straftatbestandes nicht nur zu fragen, ob er zu dem Zeitpunkt seiner Einführung legitim war, sondern er muss auch in der aktuellen Zeit legitimierbar sein.¹⁰⁶ Folglich können auch Erwägungen aus neuerer Zeit zur Legitimierung eines bereits lange existenten Tatbestandes herangezogen werden. Problematisch ist jedoch, dass auch das 1. WiKG und die damit einhergehende Diskussion bereits 30 Jahre alt sind. Die Argumente können daher nur herangezogen werden, wenn die damaligen Überlegungen heute noch gelten.

Die Wirtschaftskriminalität verharrt auf hohem Niveau.¹⁰⁷ So betrug der Anteil der Wirtschaftskriminalität an den polizeilich registrierten Straftaten 2005 zwar nur 2,1%, allerdings machten diese 2,1% die Hälfte der registrierten Schäden aus.¹⁰⁸ Der durch Wirtschaftskriminalität verursachte Schaden belief sich auf 4,12 Milliarden Euro im Jahr 2007.¹⁰⁹ Auch das Vorurteil, das Strafrecht hänge nur die „Kleinen“ und lasse die „Großen“ laufen, beziehungsweise stehe ihnen machtlos gegenüber, wird wieder aktuell.¹¹⁰ Eine rechtspolitische Zielsetzung der Untreue war und ist es weiterhin, auch in Mittel- und Oberschicht der Bevölkerung sozialschädliches Verhalten zu sanktionieren und dem Entstehen eines Klassen-strafrechts entgegenzuwirken.¹¹¹ Dass dies erforderlich ist, zeigt eine Bewertung des obigen Beispiels mit dem Scheck zu Lasten der GmbH anhand rechtspolitischer Kriterien.¹¹² Prämisse sei wiederum, dass der Tatbestand der Untreue nicht existent ist. In dem genannten Beispiel wäre dann der Angestellte zu bestrafen, während der Geschäftsführer ungestraft davon käme. Ein solches Ergebnis würde das Vorurteil, dass das Strafrecht die Kleinen hängt und die Großen laufen lässt, noch verstärken. Neuerdings wird ein weiterer Aspekt angeführt, welcher zeigen soll, dass das StGB ein Zwei-Klassen-Strafrecht regelt. Während es bei einfach strukturierten Delikten regelmäßig zu einer Verurteilung kommt, erfolgt in den komplexen Wirtschaftsstrafverfahren zumeist eine Einstellung über § 153a StPO.¹¹³

Zusätzlich fehlt es nach wie vor an einem hinreichenden Unrechtsbewusstsein im Bereich der Wirtschaftskriminalität. Die Täter nehmen sich selbst nicht als kriminell wahr und halten ihre Taten zumeist für unvermeidlich im Interesse des Betriebes.¹¹⁴ Hier hat das Strafrecht weiterhin die Aufgabe, ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein zu

schaffen. Auch soll durch die Untreue das Vertrauen in die wirtschaftliche Ordnung gefestigt und das Unrechtsbewusstsein im Bereich der Wirtschaft verstärkt werden. Diese generalpräventiven Erwägungen, mit dem Ziel das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung zu stärken und die Gesellschaft vor hohen materiellen Schäden zu schützen, sind nach wie vor aktuell.

Die Wirtschaftskriminalität verursacht zudem Arbeitsplatzverluste, Wettbewerbsverzerrungen und hierüber mittelbar auch eine stärkere Belastung der Sozialkassen.¹¹⁵ Die Aufgabe, Ungerechtigkeiten im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen System entgegenzutreten, ist gerade vor diesem Hintergrund und den neueren Debatten in Politik und Bevölkerung hochaktuell.¹¹⁶ Auch die Profitgier um jeden Preis in der heutigen Gesellschaft wird zunehmend angeprangert.¹¹⁷ Die Bezahlung von Vorständen mittels Aktienoptionen sowie eine rasant wachsende Hedgefond-Branche führen zu übersteigertem Profitdenken und provozieren in anderen Gesellschaftsschichten massiven Widerspruch und den Ruf nach stärkerer, auch strafrechtlicher Regulierung. Auch die negativen Auswirkungen der Finanzkrise auf sämtliche gesellschaftlichen Bereiche haben vermehrt zu der Forderung nach mehr strafrechtlichen Konsequenzen für die Verursacher der Finanzkrise geführt.¹¹⁸ Die Gründe für die Wirtschaftskriminalitätsbekämpfungsgesetze gelten also nach wie vor und sind heute mindestens so aktuell und dringlich wie damals.

Neben der Aktualität der Gründe für die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität spricht eine weitere Überlegung des Gesetzgebers für eine Übertragbarkeit der Überlegungen auf den Tatbestand der Untreue: In der Begründung zum 1. WiKG verweist der Gesetzgeber darauf, dass nur insoweit neue Tatbestände zu schaffen sind, als die vorhandenen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität nicht ausreichen. In der Diskussion um neue Tatbestände wurde immer auch Bezug auf die Untreue genommen, welche bereits als wichtiges Mittel zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität angesehen wurde.¹¹⁹ Hieraus ist zu schließen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des 1. WiKG die bestehenden Tatbestände zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, darunter auch die Untreue, in seine Überlegungen mit einbezogen hat, diese also weiterhin für legitim hält.¹²⁰ Auch mit der Änderung des

Tatbestandes hat der Gesetzgeber seine Auffassung zur Untreue bestätigt.¹²¹ Folglich können die rechtspolitischen Erwägungen weitestgehend auch für den Untreuetatbestand fruchtbar gemacht werden, da ein Hauptanwendungsgebiet der Untreue gerade die auch mit dem 1. WiKG und 2. WiKG zu bekämpfende Wirtschaftskriminalität ist.¹²²

f) Zwischenergebnis

Festgehalten werden kann, dass die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität notwendig ist, um gefährlichen gesellschaftlichen Missständen zu begegnen und die Wirtschaft vor enormen materiellen und immateriellen Schäden zu schützen. Diese Notwendigkeit der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ist heute genauso aktuell, wie zur Einführung der Wirtschaftskriminalitätsbekämpfungsgesetze. Als eine der wichtigsten Normen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ist § 266 StGB somit legitimierbar. Die Strafbedürftigkeit der Untreue ist mithin gegeben.

2. Kritik am expansiven Einsatz des Strafrechts

Seit einigen Jahren gibt es einen intensiven wissenschaftlichen Dialog über die Expansion des (Wirtschafts-)Strafrechts.¹²³ Im Mittelpunkt dieser Auseinandersetzung steht das moderne Strafrecht.¹²⁴ Zu diesem gehört neben anderen Rechtsgebieten auch das Wirtschaftsstrafrecht.¹²⁵ Merkmale dieses Strafrechts sind der Schutz von überindividuellen Rechtsgütern, die Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes sowie die Orientierung am Paradigma der Prävention. Das moderne Strafrecht soll dazu beitragen, Großrisiken zu bekämpfen und gesellschaftliche Probleme zu lösen, indem es bereits im Vorfeld von (Individual-)Rechtsgutsverletzungen, Gefährdungen und Verhaltensweisen inkriminiert. Der Tatbestand der Untreue kann dogmatisch und historisch nicht dem modernen Strafrecht zugerechnet werden, da § 266 StGB ein verhältnismäßig alter Tatbestand ist, der ein Individualrechtsgut – das Vermögen – schützt.¹²⁶ Dennoch sind auch bei der Untreue Tendenzen zur Ausweitung der Strafbarkeit auszumachen.¹²⁷ Im Folgenden soll gezeigt werden, dass ein Großteil der Kritik an der Expansion des Strafrechts und insbesondere am modernen Strafrecht auch in Bezug auf den Tatbestand der Untreue gerechtfertigt ist. Ob die Kritik berechtigt ist und wie sich dies

auf die Beurteilung der Strafbedürftigkeit der Untreue im Bereich der Wirtschaft auswirkt, wird anschließend untersucht.

a) Kritik der Frankfurter Schule am modernen Strafrecht

Die Mitglieder der „Frankfurter Schule“¹²⁸ gelten als schärfste Kritiker des expansiven Einsatzes von Strafrecht. Der Begriff „Frankfurter Schule“ wird für eine strafrechtskritische wissenschaftliche Ansicht verwendet, welche hauptsächlich von in Frankfurt am Main beheimateten Strafrechtslehrern vertreten wird.¹²⁹ Im Mittelpunkt ihrer Kritik steht dabei das moderne Strafrecht.¹³⁰ Diesem wird vorgeworfen, ihm gehe es nicht mehr um Strafgerechtigkeit, sondern alles müsse sich dem Paradigma der Prävention unterordnen.¹³¹ Über die Prävention hinaus entwickle sich das Strafrecht langsam zu einem Gefahrenabwehrrecht und übernehme so Aufgaben, welche es überfordern.¹³² Den Befürwortern des modernen Strafrechts wird vorgeworfen, das Strafrecht als gesellschaftliches Steuerungselement zu missbrauchen. Sicherheit soll durch den Einsatz von Strafrecht gewährleistet werden, indem das Strafrecht zur Lösung gesellschaftlicher und globaler Großprobleme eingesetzt wird. Angefangen von Umweltproblemen über den Terrorismus bis hin zum Sportdoping soll das Strafrecht die passende Lösung sein, um der jeweiligen Probleme Herr zu werden.¹³³ Praktisch kann das Strafrecht die ihm übertragenen Aufgaben gar nicht lösen und entwickelt sich so zunehmend zu einem symbolischen Strafrecht.¹³⁴ Also einem Strafrecht, welches dem gestiegenen Verunsicherungsgefühl der Bevölkerung Rechnung trägt, tatsächlich den Gefahren aber machtlos gegenübersteht. Die damit einhergehende Instrumentalisierung des Strafrechts durch die Politik ist ein weiterer Kritikpunkt der Mitglieder der Frankfurter Schule. Die Politik nutzt das Strafrecht vermehrt als Mittel der politischen Auseinandersetzung und behandelt es als ein Instrument des politischen Krisenmanagements.¹³⁵ Als Reaktion auf medialen Druck werden neue Strafgesetze geschaffen. Ungelöste gesellschaftliche Probleme werden – vermeintlich – mittels neuer Strafnormen gelöst.¹³⁶ Notwendige gesellschaftliche Diskussionen werden so verhindert, und die Suche nach effektiven Mitteln zur Lösung der Probleme auf anderen Gebieten unterbleibt. Verwiesen sei hier nur auf die immer wieder aufkeimende

Diskussion, ob die Altersgrenze des Jugendstrafrechts herabgesetzt werden sollte, um Jugendkriminalität zu bekämpfen. Es wird nicht mehr versucht, nach den Ursachen der Jugendkriminalität zu suchen und diese zu bekämpfen, sondern nur noch versucht, mittels schärferer Regelwerke direkt gegen die Jugendkriminalität vorzugehen, anstatt ihre Ursachen zu bekämpfen.

Zugleich leidet das moderne Strafrecht unter einem Vollzugsdefizit, wodurch das Ansehen und die Glaubwürdigkeit des Strafrechts verloren gehen.¹³⁷ Dieses Vollzugsdefizit zeige sich vor allem an der Großzahl der noch im Ermittlungsstadium eingestellten Verfahren sowie der häufigen Beendigung eines Prozesses durch einen Deal.¹³⁸

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Mitglieder der Frankfurter Schule den Glauben, dass Sicherheit durch Strafrecht zu erlangen sei, für einen Trugschluss halten. Vielmehr habe das Strafrecht nur eine begrenzte Leistungsfähigkeit. Das neue Strafrecht sei weitestgehend ein rein symbolisches, welches der Bevölkerung ein Sicherheitsgefühl vermitteln und der Politik als Beschwichtigungsmittel diene, ohne dass es diese Versprechen einhalten könne.¹³⁹

Die Folgen des gewandelten Strafrechtsverständnisses für die Ausgestaltung des Strafrechts sind für die Kritiker verheerend: Das Strafrecht löse sich zunehmend von dem Strafrecht eines liberalen Rechtsstaates.¹⁴⁰ Der Schuldausgleich, eine der Uraufgaben des Strafrechts, trete in den Hintergrund, dagegen stünden Effizienz, Gefahrenabwehr und Risikosteuerung im Mittelpunkt.¹⁴¹ Insbesondere die neue Art der Ausgestaltung von Tatbeständen ist den Kritikern ein Dorn im Auge. Trotz der Vielfältigkeit der neuen Tatbestände lassen sich nach ihrer Ansicht die drei wichtigsten Unterschiede zu den Tatbeständen des Kernstrafrechts schnell zusammenfassen¹⁴²: Das moderne Strafrecht schützt *früher*, *mehr* und *neue* Rechtsgüter. Unter dem Deckmantel der Prävention werden neue Strafnormen geschaffen, welche den strafrechtlichen Schutz in einen Bereich weit vor der Verletzung eines „klassischen“ Rechtsgutes verlagern. Gefährdungsdelikte pönalisieren bereits die Gefährdung eines Rechtsgutes, also die Vorstufe der Verletzung. Zusätzlich reicht teilweise sogar die abstrakte Gefährdung für die Verwirklichung des Tatbestandes aus. Damit greift der strafrechtliche

Schutz bereits viel früher als bei einem Verletzungsdelikt und sogar noch vor dem bloßen Versuch des Verletzungsdeliktes.¹⁴³ Diese Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes widerspräche der Natur des Strafrechts als Ultima Ratio, wonach der Einsatz von Strafrecht nur bei *erheblich* sozialschädlichem Verhalten legitim ist und es außerdem kein milderes Mittel zum Schutz des Rechtsgutes geben darf.¹⁴⁴

Die Schaffung neuer, häufig vage formulierter Universalrechtsgüter wie der Volksgesundheit oder der Funktionsfähigkeit des Kreditwesens ist nach Ansicht der Kritiker eine weitere Sünde des modernen Strafrechts.¹⁴⁵ Bei den neuen Rechtsgütern handelt es sich nicht mehr um klassische Individualrechtsgüter, sondern um hochgradig abstrakte Rechtsgüter, welche zumeist für eine Vielzahl von Individualrechtsgütern stehen.¹⁴⁶ Die Volksgesundheit setzt sich beispielsweise aus dem Individualrechtsgut der Gesundheit der einzelnen Mitglieder des Volkes zusammen, die Funktionsfähigkeit des Kreditwesens aus zahlreichen einzelnen Vermögen. Diese Rechtsgüter seien bloße Abstrakta für den Normadressaten und entsprächen nicht den Anforderungen der Lehre vom Rechtsgut.¹⁴⁷

An den neuen Tatbeständen wird außerdem die Armut an gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen kritisiert. Diese ergibt sich häufig aus der Ausgestaltung der Tatbestände als Gefährdungsdelikt.¹⁴⁸ Statt einer Handlung, welche kausal zu einem Verletzungserfolg führen muss, reicht bereits das gefährliche Verhalten, um die Strafbarkeit auszulösen.¹⁴⁹ Wann ein Verhalten hinreichend gefährlich ist, um die Strafnorm zu erfüllen, ist für den Betroffenen aber oft nicht zu erkennen und klärt sich häufig erst vor Gericht. Die Problematik solcher Tatbestände in Bezug auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot wird hier deutlich.¹⁵⁰

Auch die zunehmend ungenaue Formulierung von Strafgesetzen wird kritisiert.¹⁵¹ Der Gesetzgeber entziehe sich dadurch seiner Verantwortung: Soweit ein Strafgesetz vage formuliert ist, gestattet es der Rechtsprechung eine flexible Handhabung gerade beim Auftreten neuer strafwürdiger Verhalten. Zugleich bleibt der Legislative ein kompliziertes und zeitintensives Gesetzgebungsverfahren erspart, währenddessen strafwürdiges Verhalten in Ermangelung einer entsprechenden Norm ungestraft bleiben müsste.¹⁵² Aus Sicht des Gesetzgebers ist dies eine hervorragende Möglichkeit, den sich schnell wandelnden Verhältnissen

Rechnung zu tragen, ohne laufend neue Gesetze erlassen zu müssen. Berücksichtigt man die verfassungsrechtlichen Vorgaben für Strafgesetze, einerseits das Bestimmtheitsgebot, andererseits die alleinige Gesetzgebungshoheit der Legislative, so ist diese Praxis sehr zweifelhaft. Denn eine Aufgabe, die per Definition dem Gesetzgeber obliegt, muss nun vom Richter entschieden werden: Dieser entscheidet aufgrund seiner Auslegung der (unpräzisen) Norm, ob das jeweilige Verhalten strafwürdig ist und ob ein Bedürfnis besteht, den jeweiligen Beschuldigten zu bestrafen oder nicht.

Als einen schweren Eingriff in die Freiheitsrechte des Einzelnen wird die Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse kritisiert. Immer früher dürfen Ermittlungen gegen Verdächtige und sogar Unverdächtige vorgenommen werden, um effizientere Strafverfolgung zu betreiben und Vollzugsdefizite zu beseitigen. Die Abwehrrechte des Beschuldigten geraten dabei in Vergessenheit.¹⁵³

Zugespitzt kritisiert die Frankfurter Schule den zunehmenden Einsatz des Strafrechts zur Gefahrenabwehr und zur gesellschaftlichen Steuerung, weil dies nach ihrer Ansicht auf Kosten der Freiheitsrechte und strafrechtlicher Grundsätze realisiert wird.

b) Übertragbarkeit der Kritik der Frankfurter Schule auf § 266 StGB?

Die Kritik der Frankfurter Schule ist an das moderne Strafrecht adressiert. Also an Strafnormen neueren Datums, welche zumeist der Prävention vor Großrisiken dienen. Dabei inkriminieren sie Handlungen und abstrakte Gefährdungen und verlagern so den Strafrechts-schutz nach vorn. Häufig sind vage formulierte Universalrechtsgüter der Schutzgegenstand des modernen Strafrechts. Die Untreue ist hingegen den klassischen Delikten zuzurechnen, deren Tatbestand die Verletzung eines Individualrechtsgutes voraussetzt. Die Kritik der Frankfurter Schule richtet sich somit nicht direkt gegen den Tatbestand der Untreue. Teilweise sind dennoch Parallelen zu der Kritik an der Untreue und insbesondere einzelnen Fallgruppen auszumachen. Im Folgenden soll untersucht werden, welche Punkte der Kritik der Frankfurter Schule auch auf die Untreue, speziell im Bereich der Wirtschaft, übertragen werden können.¹⁵⁴

Zunächst soll auf den Vorwurf politischen Missbrauchs des Strafrechts als

gesellschaftliches Steuerungsinstrument eingegangen werden. Kritisiert wird, dass auf gesellschaftliche Großprobleme mit der Schaffung neuer – häufig symbolischer – Strafnormen reagiert wird. Die Untreue ist ein verhältnismäßig alter Tatbestand, auf den dieser Vorwurf nicht unmittelbar passt.¹⁵⁵ So ist Adressat der Kritik der Gesetzgeber, welcher an dem Tatbestand der Untreue seit Längerem nichts geändert hat. Im Gegensatz dazu stehen die Extensionstendenzen der Rechtsprechung.¹⁵⁶ Durch Auslegung des Tatbestandes hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Untreue in jüngerer Zeit ständig erweitert.¹⁵⁷ Dies wird besonders deutlich, wenn man die zahlreichen Untreue-Fallgruppen untersucht, wie etwa die Parteienuntreue, die Spendenuntreue oder die GmbH-Untreue.¹⁵⁸ Dennoch passt die Kritik der Frankfurter Schule hier nicht. So handelt es sich gerade nicht um einen Missbrauch des Strafrechts durch die Politik, wenn die Judikative selbst den Tatbestand ausweitet. Auch kann der Politik nicht vorgeworfen werden, das Strafrecht zur Lösung gesellschaftlicher Probleme zu missbrauchen, wenn allein die Rechtsprechung für die Ausweitung des Tatbestandes verantwortlich ist. Hier ist für die Ausweitung der Strafbarkeit allein die Rechtsprechung verantwortlich, mag diese auch stillschweigend von der Politik begrüßt werden. Was aber bleibt, ist die tatsächliche Ausweitung des Anwendungsbereiches der Untreue.¹⁵⁹ Die grundsätzliche Kritik der Frankfurter Schule an der Expansion des Strafrechts trifft auf die Untreue zu, auch wenn der Vorwurf des politischen Missbrauchs und der Ausweitung nur den übereifrigen Staatsanwaltschaften und Richtern zu machen ist, nicht aber den Politikern selbst.

Fraglich ist auch, ob die Kritik an der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Bereich der Gefährdung von Rechtsgütern auch auf § 266 StGB zutrifft. Auf den ersten Blick scheint dieser Kritikpunkt nicht auf die Untreue zu passen, fordert der Tatbestand doch die Verletzung des Rechtsgutes Vermögen. Etwas anderes ergibt sich, sobald man die schadensgleiche Vermögensgefährdung mit in den Blick nimmt. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung nimmt die Rechtsprechung an, sobald eine konkrete Gefahr für das Vermögen besteht.¹⁶⁰ Dies wiederum sei dann gegeben, wenn nach den Umständen des Einzelfalles eine naheliegende Möglichkeit des endgültigen Verlustes vorliegt.¹⁶¹ Hierdurch verlagert sich der Eintritt der Vollendung des Deliktes nach

vorn, da es gerade nicht mehr darauf ankommt, dass der Vermögensschaden tatsächlich eintritt. Weitergehend wird teilweise eine abstrakte Vermögensgefahr in eine konkrete Vermögensgefahr umgedeutet, so- dass sich der Zeitpunkt der Vollendung noch weiter nach vorn verlagert.¹⁶² In der Literatur gibt es deshalb auch kritische Stimmen bezüglich der Tendenz, den Schadensbegriff aufzuweichen.¹⁶³ Die Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes, einer der Kernkritikpunkte der Frankfurter Schule, ist somit zum Teil auf die Untreue übertragbar.¹⁶⁴

Ein weiterer Kritikpunkt der Frankfurter Schule am modernen Strafrecht stellt die Armut an Tatbestandsmerkmalen dar. Dieser Kritik sieht sich auch die Untreue seit jeher ausgesetzt.¹⁶⁵ So ist der Treubruchstatbestand mit dem Merkmal der Treupflichtverletzung und des daraus resultierenden Vermögensschadens bereits arm an objektiven Tatbestandsmerkmalen. Erschwerend kommt noch hinzu, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen häufig nicht klar gezogen werden können. Praktisch kommt es häufig zu einer „Verschleifung“ von Pflichtwidrigkeit und Vermögensschaden in der Form, dass von der Pflichtwidrigkeit auf den Schaden geschlossen wird.¹⁶⁶ So kann die Pflichtwidrigkeit in dem Eingehen eines Risikos liegen, das Risiko bewirkt eine Gefährdung des Vermögens, sodass im Ergebnis eine konkrete Vermögensgefahr gegeben ist. Die Pflichtwidrigkeit löst eine Kettenreaktion aus und „alles [verschwimmt] in einem großen Prüfungspunkt“, wie *Ransiek* es treffend ausdrückt.¹⁶⁷ Wird im Ergebnis nur noch die Pflichtwidrigkeit geprüft und kann von dieser auf alle weiteren Merkmale des Tatbestandes geschlossen werden, so kann die Untreue auch als Paradebeispiel der Bestrafung bloßer Handlungen herangezogen werden. Auch die Kritik der Frankfurter Schule, welche auf die Inkriminierung bloßer gefährlicher Verhaltensweisen abzielt, trifft teilweise auch auf den Tatbestand des § 266 StGB zu.

Die Ungenauigkeit, die vielen Normen des modernen Strafrechts vorgeworfen wird, trifft auch auf die Untreue zu, die Untreue ist das Paradebeispiel für ein unbestimmtes Strafgesetz. Das viel zitierte Diktum Hellmuth Mayers

„Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder

nicht.“¹⁶⁸

bringt die Problematik gut auf den Punkt. Immer wieder wird die Konturlosigkeit und Weite des Tatbestandes beklagt, was eine klare Handhabung der Norm unmöglich macht.¹⁶⁹ Dabei sind nicht die Tatbestandsmerkmale selbst ungenau formuliert, wie bei vielen Normen des modernen Strafrechts, vielmehr bedarf es einer Ausfüllung der einzelnen Merkmale. Gerade der Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht ist häufig schwer zu bestimmen. Die Untreue kann folglich mit Fug und Recht zu den ungenauesten und schwammigsten Tatbeständen des Strafgesetzbuches gerechnet werden. Im Ergebnis passt auch hier die Kritik der Frankfurter Schule auf die Untreue.

Die Vertreter der Frankfurter Schule kritisieren außerdem den zunehmenden Schutz von vage formulierten Universalrechtsgütern. Die Untreue schützt das Rechtsgut Vermögen. Es wird also ein herkömmliches, weitestgehend präzise zu bestimmendes Rechtsgut geschützt. Dennoch gibt es Entscheidungen, in denen die Untreue faktisch überindividuelle Rechtsgüter schützt.¹⁷⁰ So kann im Rahmen einer GmbH-Untreue das Vermögen gegen den Willen sämtlicher Gesellschafter ausschließlich im Interesse der Gläubiger geschützt werden.¹⁷¹ Die Schutzrichtung des Tatbestandes wird so verändert, und Gläubigerinteressen treten an die Stelle des Vermögensschutzes. Diese Veränderung der Schutzrichtung ist in der Literatur – zu Recht – höchst umstritten.¹⁷² Die Untreue ist dennoch ein Delikt, dass grundsätzlich nur das Rechtsgut Vermögen schützt. Der Vorwurf des Schutzes überindividueller Interessen trifft auf die Untreue nur sehr bedingt und nur unter Berücksichtigung einzelner gerichtlicher Entscheidungen zu.¹⁷³

c) Die Kritik an der Frankfurter Schule

Die Kritik der Frankfurter Schule am modernen Strafrecht kann in weiten Teilen auch auf die Untreue übertragen werden. Eine Antwort auf die Frage, ob die Kritik berechtigt ist, steht jedoch noch aus. Im Folgenden soll, mit Fokus auf das Wirtschaftsstrafrecht, untersucht werden, ob und gegebenenfalls inwieweit der Kritik der Frankfurter Schule gefolgt werden muss. Ein Schwerpunkt der Kritik der Frankfurter Schule am modernen Strafrecht ist die zunehmend präventive, fast schon

gefahrenabwehrrechtliche Orientierung des Strafrechts bei gleichzeitig fehlender Eignung für diese Zwecke. Damit einhergeht die zunehmende Entfernung von den Grundsätzen des Strafrechts eines freiheitlich-liberalen Rechtsstaates. Zusätzlich bezweifeln die Mitglieder der Frankfurter Schule die Eignung des Strafrechts für die Lösung gesellschaftlicher Großprobleme.

Die Befürworter des modernen Strafrechts sehen in diesem hingegen eine wirkungsvolle Möglichkeit, den Herausforderungen der Zukunft zu begegnen.¹⁷⁴ Dabei sehen sie die Zukunftssicherung als zentrale Aufgabe des neuen Strafrechts an.¹⁷⁵ Das moderne Strafrecht müsse den Risiken der modernen Gesellschaftsform adäquat begegnen. Die Gesellschaft steht heute vor Gefahren neuen Ausmaßes, angefangen vom Terrorismus über die Umweltverschmutzung bis zu den – vor allem wirtschaftlichen – Auswirkungen der Globalisierung. *Stratenwerth* möchte aufgrund dessen auch über ein komplett neues Strafrecht nachdenken und stellt herkömmliche Zurechnungskriterien und sogar die Lehre vom Rechtsgut in Frage.¹⁷⁶ *Stratenwerth* rechtfertigt diese grundlegende Veränderung des Strafrechts mit der grundlegenden Veränderung der Beziehung des Menschen zu sich selbst und der ihn umgebenden Umwelt. Dieser Veränderung müsse auch das Strafrecht Rechnung tragen, wenn es etwas zur Zukunftssicherung beitragen wolle.¹⁷⁷

In eine ähnliche Richtung, wenngleich im Tonfall auch viel schärfer, geht die Kritik von *Schünemann* an der Frankfurter Schule.¹⁷⁸ *Schünemann* zu Folge muss sich das Strafrecht neu orientieren. Er begründet dies mit dem Wandel der Gesellschaft, geprägt durch die industrielle Revolution und den damit einhergehenden gestiegenen Schädigungspotenzialen der Individuen. Aufgrund der technischen Entwicklung ist es heute dem Einzelnen möglich, die Umwelt in einem die Lebensgrundlage aller bedrohenden Ausmaß zu schädigen. Der Schutz von ökologischen Rechtsgütern muss in der modernen Gesellschaft folglich Priorität haben und den Schutz von Individualrechtsgütern dominieren.¹⁷⁹ Dies würde aber mit der Betonung des Individualrechtsgutes, welches zwingend mit der herkömmlichen Theorie der personalen Rechtsgutslehre verbunden ist, pervertiert. Denn so könne noch „die albernste Laune des egoistischen Individuums höher ein[ge]stuft werden als die Lebensbedingungen der

künftigen Generationen.“¹⁸⁰ *Schünemann* wirft den Mitgliedern der Frankfurter Schule vor, an überkommenen Vorstellungen und Lehren festzuhalten, wodurch sie in die Falle der postmodernen Gesellschaft getappt seien und die Wertigkeit der Schutzgüter falsch bestimmten.¹⁸¹

Kuhlen kritisiert ebenfalls die Ansichten der Mitglieder der Frankfurter Schule.¹⁸² So hält *Kuhlen* es für nötig, neuen Gefahren auch mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen und geht auch davon aus, dass das Strafrecht in der Lage ist, diese Gefahren menschlichen Handelns zu reduzieren.¹⁸³ *Kuhlen* sieht die normativen Probleme, welche mit Gefährdungsstraftaten einhergehen, hält diese Deliktsform aber dennoch für unentbehrlich.¹⁸⁴ Er verweist darauf, dass bei Unglücksfällen großen Ausmaßes häufig versucht wird, jemanden für das Unglück verantwortlich zu machen und ihn für den Unglückserfolg zu bestrafen, obwohl ihm höchstens eine Gefährdung vorzuwerfen ist. Dies beruht ihm zu Folge darauf, dass die Gefährdung häufig nicht strafrechtlich geahndet werden kann.¹⁸⁵ Der Gefahr, fälschlicherweise aus einem Verletzungsdelikt zu verurteilen, könne folglich mit der Schaffung neuer Gefährdungsdelikte begegnet werden. Zum anderen sieht er den durch die Gefährdungstatbestände vorgezogenen Schutz für unentbehrlich an, um Großgefahren bereits im Vorfeld begegnen zu können.¹⁸⁶

d) Stellungnahme und Zwischenergebnis

Die Kritik von *Stratenwerth* und *Schünemann* an der Frankfurter Schule erscheint zunächst – trotz ihrer teilweisen sprachlichen Überzogenheit – stimmig. Die zunehmend globalen Probleme des Umweltschutzes können nicht geleugnet werden. Zugleich birgt auch die globalisierte Wirtschaft – und um diese geht es im Kern dieser Untersuchung – zunehmend neue Gefahren. Hier sei an den Fall des Angestellten Jérôme Kerviel der Société Générale erinnert, welcher seiner Bank einen Schaden in Höhe von mehreren Milliarden Euro zufügte, indem er undurchsichtige Finanztransaktionen vornahm.¹⁸⁷ Vor all diesen Gefahren und Risiken muss die Gesellschaft effektiv geschützt werden, und es bedarf hierfür wirksamer Instrumente. Das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates erscheint auf den ersten Blick für die nötige Prävention geradezu bestimmt. Die abschreckende Wirkung des Strafrechts eignet sich hier

bereits im Vorfeld, das Entstehen von Gefahren zu vermeiden und schützt so zeitig vor extrem hohen Schäden. Die vor allem auf die Ablehnung von abstrakten Gefährdungsdelikten zielende Kritik von *Kuhlen* scheint ebenfalls zu überzeugen. Der Hinweis *Kuhlens* auf die Gefahr von falschen Verurteilungen aus Verletzungsdelikten in Zusammenhang mit spektakulären Unglücksfällen zeigt sogar, inwieweit die Schaffung neuer Tatbestände zu einem höheren Maß an Gerechtigkeit führen kann.

Bei genauerer Untersuchung überzeugt die Kritik *Schünemanns* und *Stratenwerths* dennoch nicht. Unstreitig besteht zwar die Notwendigkeit, die Gesellschaft vor neuen Gefahren effektiv zu schützen. Aber dies geht nicht automatisch mit der Notwendigkeit einher, das Strafrecht zum Schutz vor diesen Gefahren einzusetzen. Soweit das Strafrecht die Probleme nicht lösen kann, ist der Einsatz des Mittels unzweckmäßig und kann sogar kontraproduktive Wirkung entfalten. Zusätzlich bedarf der Einsatz des Strafrechts einer strengen Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Nur wenn das Strafrecht geeignet und kein gleichermaßen effektives Mittel vorhanden ist, ist der Einsatz des Strafrechts auch legitim. Hier ist bereits die Eignung des Strafrechts zweifelhaft. Die Effektivität des Strafrechts zur Prävention und zur Abwehr von Großrisiken konnte wissenschaftlich bislang nicht erwiesen werden.¹⁸⁸ Auch die Befürworter des modernen Strafrechts gestehen dies ein, so schreibt etwa *Kuhlen*, dass noch Fragen zur Wirksamkeit der Generalprävention offen seien, er aber aufgrund seiner persönlichen Lebenserfahrung und des Common Sense fest von der general-präventiven Wirkung von Strafnormen überzeugt ist.¹⁸⁹ Eine schwache Basis, um über den Einsatz von Strafrecht zu entscheiden. Fraglich ist, was durch die Feststellung der fehlenden wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Eignung des Strafrechts zur Prävention nun gewonnen wurde. Zunächst nicht viel, gibt es doch weder der einen noch der anderen Seite ein Argument zur Hand, da eben auch nicht die fehlende Präventionswirkung von Strafnormen bislang nachgewiesen wurde. Eine Erkenntnis lässt sich aber doch ziehen: Wenn die präventive Wirkung nicht erwiesen ist, so steht auch nicht fest, ob das Strafrecht zur Lösung der gesellschaftlichen Probleme geeignet ist. Man hofft dies oder ist davon überzeugt, wissen kann man es aber nicht.¹⁹⁰ Die Frage der Eignung des Strafrechts zur Prävention kann also nicht befriedigend beantwortet werden und muss hier offen bleiben.

Prittwitz sieht den fehlenden Nachweis der Eignung und Effektivität des modernen Strafrechts bereits als ausreichend an, um das Strafrecht der Großsteuerung¹⁹¹ für gescheitert zu erklären.¹⁹² Das moderne Strafrecht, welches an seinen Folgen orientiert sei, müsse sich an seinen Erfolgen und Misserfolgen messen lassen. Die mit dem modernen Strafrecht verfolgten Ziele haben dieses nicht erreicht.¹⁹³ Dem kann insoweit zugestimmt werden, als dass präventives Strafrecht seine Berechtigung verliert, sobald seine Ineffektivität nachgewiesen ist, eine These die auch die Befürworter des modernen Strafrechts nicht infrage stellen.¹⁹⁴ Gerade die Ineffektivität konnte aber bislang nicht hinreichend nachgewiesen werden.

Ging es bisher um die Frage, ob das moderne Strafrecht zur Gefahrenabwehr und zur Lösung der von ihm bekämpften Probleme geeignet ist, so wird nun der Frage nachgegangen, wie sich das moderne Strafrecht auf die Freiheitsrechte des Einzelnen, den Rechtsstaat und das Strafrecht selbst auswirkt. Durch den expansiven Einsatz des Strafrechts und insbesondere der Erweiterungen der Ermittlungsbefugnisse wird der Eingriff in die Freiheitsrechte des Bürgers zunehmend erleichtert, die Quantität und Qualität der Eingriffe nimmt zu. Beschuldigtenrechte werden mehr und mehr ausgehöhlt, zugleich wird die Rechtsgutslehre in Frage gestellt.¹⁹⁵ Auch die zunehmende Abkehr vom Einsatz des Strafrechts als *Ultima Ratio* sowie die Problematik vieler Strafnormen mit dem Bestimmtheitsgebot stellen schwerwiegende Eingriffe in rechtsstaatliche Grundsätze dar. Um solche Eingriffe zu rechtfertigen, bedarf es starker Argumente, welche von den Befürwortern des modernen Strafrechts nicht erbracht werden. Auch das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat wird durch die zunehmende Symbolik vieler Strafgesetze erschüttert. So spiegelt die Politik dem Bürger Sicherheit vor, indem sie neue Strafnormen erlässt. Diese sind aber im Ergebnis ineffektiv oder zumindest nicht nachweisbar geeignet, das Problem zu bekämpfen.¹⁹⁶ Die Symbolik der Strafgesetzgebung wird noch durch die Vollzugsdefizite im modernen Strafrecht gesteigert.¹⁹⁷ Die zunehmende Anzahl von Strafgesetzen kann mittel- bis langfristig zu einem Absinken des Rechtsbewusstseins führen und so die Verbindlichkeit der Rechtsordnung selbst infrage stellen.¹⁹⁸ Die Normierung neuer – nicht nachweisbar effektiver – Strafgesetze könnte anstatt zu einer besseren Prävention sogar zu dem gegenteiligen Effekt führen: Staatliche Strafe wird als „normales

Risiko“ des gesellschaftlichen und insbesondere wirtschaftlichen Lebens angesehen. Durch den inflationären Gebrauch des Strafrechts geht der Aspekt des öffentlichen Tadels der Strafe verloren.¹⁹⁹ Ein erstes Indiz hierfür ist die Entwicklung im Bereich des Versicherungswesens. Zunehmend werden Spezial-Strafrechtsschutz-Versicherungen angeboten, welche die Verfahrenskosten für Mitglieder des Topmanagements übernehmen.²⁰⁰ Die entsprechenden Versicherungen werden damit beworben, dass unabhängig von der Integrität des Einzelnen das Risiko strafrechtlicher Ermittlungen immer besteht. Die ursprünglichen moralischen Bedenken in Bezug auf solche Versicherungen sind inzwischen verflogen, und es gilt als normal, eine entsprechende Versicherung abzuschließen. Das Risiko zumindest strafrechtlicher Verfolgung ist im Bereich der Wirtschaft zu einem Risiko unter vielen geworden. Es gilt dieses möglichst gering zu halten und das verbleibende Restrisiko mittels Policen outzusourcen. Hieran lässt sich erkennen, dass im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts die sozialetische Missbilligung durch das Strafrecht kaum noch vorhanden ist. Gerade die mit der Strafe ausgedrückte sozialetische Missbilligung unterscheidet das Strafrecht von anderen Sanktionen.²⁰¹ Diese verliert im Wirtschaftsstrafrecht aber zunehmend an Bedeutung.

Gegen das moderne Strafrecht spricht noch ein weiterer Punkt, welcher vor allem die Fragen nach alternativen Möglichkeiten zur Abwehr der Gefahren und anderen Steuerungsmöglichkeiten der Gesellschaft betrifft. Aufgrund der vermeintlichen Lösung des gesellschaftlichen Problems mittels des Strafrechts wird kaum noch versucht, effektive, aber weniger stark in die Freiheitsrechte eingreifende Alternativen zu finden.²⁰² Dabei gibt es eine Vielzahl von Alternativen zum Strafrecht, welche häufig eine bessere gesellschaftliche Steuerung erlauben.²⁰³ Ein großes Potenzial ist in Selbstregulationsmechanismen und der Organisation von Verantwortlichkeiten zu sehen. Durch Maßnahmen in diesem Bereich können effektiv die Probleme im Bereich der Wirtschaft bekämpft werden.²⁰⁴ Auch Tätigkeitsverbote oder der Entzug von Steuervorteilen weisen einen hohen Lenkungsfaktor auf.²⁰⁵ Als weitere Beispiele sollen hier nur „class actions“, ein guter Schutz für „whistleblower“ oder staatliche Kontrollinstanzen wie die BaFin dienen. Neben diesen gibt es zahlreiche weitere Instrumente sozialer Kontrolle, welche geeignet sind

Risiken in der Wirtschaft zu begegnen.²⁰⁶ Diese vielfach effektiveren Mittel werden nicht hinreichend untersucht, geschweige denn eingesetzt. Auch eine nötige und oftmals heilsame Diskussion in der Gesellschaft wird durch das Strafrecht unterdrückt.²⁰⁷ Durch die Schaffung einer neuen Strafnorm werden alternative Wege der Problemlösung meist verhindert: Denn mit der Neukriminalisierung geht der Druck auf die Politik verloren aktiv zu werden und nach nachweislich effektiven außerstrafrechtlichen Lösungen zu suchen. Das Thema verschwindet langsam aus den Medien, und das Problem ist vermeintlich gelöst.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Befürworter des modernen Strafrechts keine hinreichenden Argumente für die Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes vorbringen können. Die Risiken und Gefahren, die bekämpft werden sollen, sind unzweifelhaft vorhanden. Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel an der Eignung des Mittels Strafrecht zu ihrer Bekämpfung. Auch gibt es häufig bessere Möglichkeiten der Probleme Herr zu werden, so- dass der Einsatz des Strafrechts nicht erforderlich ist. Berücksichtigt man die erheblichen Eingriffe in rechtsstaatliche Grundsätze, welche mit der Ausweitung des Strafrechts verbunden sind, und die zahlreichen anderen Mittel, welche zur Eindämmung der Gefahren eingesetzt werden können, so ist der Einsatz des Strafrechts in vielen Bereichen nicht und in anderen nur schwer zu legitimieren.

Letztendlich kann der Kritik der Frankfurter Schule also weitestgehend zugestimmt werden. Wie bereits ausgeführt, bezieht sich die Kritik der Mitglieder der Frankfurter Schule nur auf das moderne Strafrecht, zu welchem die Untreue nicht gerechnet wird. Es konnte aber bereits oben aufgezeigt werden, dass viele Kritikpunkte an dem modernen Strafrecht auch auf den Tatbestand der Untreue übertragen werden können. Dass für die Untreue grundsätzlich ein Strafbedürfnis besteht, wurde bereits aufgezeigt. Auch im Wirtschaftsbereich hat die Untreue mit dem Schutzgut Vermögen ihre Berechtigung. Einerseits als umgekehrtes Klassenstrafrecht, andererseits, um vor enormen materiellen Schäden zu schützen. Die Kritik der Frankfurter Schule am modernen Strafrecht trifft zum Teil auch auf den Tatbestand der Untreue zu. Deswegen muss den Extensionstendenzen, die der Untreueparagraf in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung erfahren hat, mit Skepsis begegnet werden. Gerade die Ausweitung bis in den Bereich der abstrakten Gefährdung hinein oder die

Veränderung der Schutzrichtung sind Tendenzen, denen entgegengewirkt werden muss. Die berechtigten rechtsstaatlichen Bedenken bezüglich der Expansion des Strafrechts und der weite Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes machen eine vorsichtige Anwendung des Tatbestandes notwendig. Für den Fortgang der Untersuchung gilt somit das Leitbild einer restriktiven Tatbestandsauslegung, nur so kann der Kritik der Frankfurter Schule an der Ausweitung des Strafrechts Rechnung getragen werden.

III. Die jüngere Diskussion um den Tatbestand der Untreue

Vor einer abschließenden Beurteilung der Strafbedürftigkeit der Untreue soll die aktuell wieder neu entflammte Diskussion um den Tatbestand der Untreue betrachtet werden.²⁰⁸ Einige Autoren sehen die Untreue als wichtigen Tatbestand des Strafgesetzbuches oder halten ihn sogar für unersetzlich, um Antworten auf die sich rasch wandelnden wirtschaftlichen Verhältnisse zu haben.²⁰⁹ Auf der anderen Seite wird der Tatbestand heftig kritisiert und sogar behauptet, § 266 StGB ahnde einen Verstoß gegen „Treu und Glauben“ und sei verfassungswidrig.²¹⁰ Insbesondere die Ausweitung der Untreue auf immer neue Fallgruppen steht dabei im Kreuzfeuer der Kritik.²¹¹ Parallel dazu hat sich die Zahl der Untreuestraftaten in den letzten Jahren stetig erhöht, auch wenn das überproportional gestiegene mediale Interesse an der Strafvorschrift hauptsächlich auf einige wenige Prozesse zurückzuführen ist.²¹² Die Vielzahl der (neuen) Fallgruppen lässt sich an *Seiers* „Lexikon besonderer UntreueKonstellationen im Wirtschaftsleben“ erkennen.²¹³ Hieran wird deutlich, dass bei nahezu jeder wirtschaftlichen Tätigkeit eine Untreuestrafbarkeit in Betracht kommt, solange eine Pflichtverletzung und ein Schaden denkbar sind.²¹⁴ In diesem Zusammenhang verweist *Dierlamm* darauf, dass in einzelnen Fallkonstellationen die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit fehlen dürfte.²¹⁵ Zuzustimmen ist *Dierlamm* in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist bei einzelnen Fallkonstellationen das Strafbedürfnis der Untreue zumindest zweifelhaft, zum anderen verneint *Dierlamm* das Strafbedürfnis nicht generell, sondern hält es nur in einzelnen Fallgruppen für nicht gegeben. Oben wurde bereits gezeigt, dass grundsätzlich ein Strafbedürfnis für Fehlverhalten im Wirtschaftsbereich

besteht und die Untreue gerade als Instrument gegen solches Fehlverhalten im Wirtschaftsbereich eingesetzt wird.²¹⁶ Die Untreue ist somit grundsätzlich strafbedürftig. Offen bleiben die Fragen, ob auch in jeder einzelnen Fallgruppe noch staatliche Strafe erforderlich ist und ob eine gesonderte Beurteilung der Strafbedürftigkeit und -würdigkeit in Abhängigkeit von der Fallgruppe überhaupt zulässig ist. Wie an späterer Stelle noch aufgezeigt wird, ist eine einzelne Beurteilung möglich und erforderlich.²¹⁷ Die Frage nach der Notwendigkeit staatlicher Strafe ist also für jede Fallgruppe, nach intensiver Auseinandersetzung mit den jeweiligen Besonderheiten, einzeln zu beantworten. Nur dann kann die Frage nach der Notwendigkeit und dem Zweck der Strafe fundiert beantwortet werden. Eine umfassende Untersuchung sämtlicher Untreue-Fallgruppen im wirtschaftlichen Bereich ist nicht Ziel dieser Arbeit. Vielmehr soll die Fallkonstellation der Bankenttreue intensiv betrachtet werden. Bevor es jedoch darum geht, sollen zunächst die einzelnen Punkte näher beleuchtet werden, welche bei zahlreichen Fallgruppen der Untreue für die Beurteilung der Strafbedürftigkeit relevant sind.

1. Altruistisch motiviertes Delikt

Die Untreue weist gegenüber der Großzahl der anderen Vermögensdelikte einen grundlegenden Unterschied auf. So ist eine eigennützige Motivation für die Vollendung des Deliktes nicht erforderlich.²¹⁸ Damit ist die Untreue ein Paradebeispiel für ein altruistisch motiviertes Delikt. Die Bezeichnung altruistisch motiviertes Delikt wurde erstmals von *Samson* und *Langrock* verwendet und beschreibt ein Delikt, bei welchem der Täter nicht sich selbst oder eine ihm nahestehende Person begünstigen will, sondern den Vorteil aus der Tat gerade für das Unternehmen erstrebt, bei welchem er angestellt ist.²¹⁹ Bei der Untreue ist sogar nicht einmal die Erstrebung irgendeines Vorteils erforderlich, die bloße Schädigung des Vermögens reicht aus, um den Tatbestand zu verwirklichen. Aber § 266 StGB ist auch dann erfüllt, wenn der Täter das Vermögen mit Bereicherungsabsicht veruntreut. Beide Begehungsformen werden aus dem gleichen Delikt bestraft und vom Gesetzgeber als gleichermaßen strafwürdig und -bedürftig angesehen. An einem Beispiel soll gezeigt werden, warum dies zumindest zweifelhaft erscheint.

Ein Vermögensverwalter nutzt das ihm anvertraute Vermögen, um mit seiner Lebensgefährtin Urlaub zu machen.

Ein Vermögensverwalter geht – entgegen seiner Pflichten – riskante Aktiengeschäfte ein, um dem Vermögensinhaber einen möglichst großen Gewinn zu erwirtschaften. Die Aktiengeschäfte führen zu einem Verlust des Vermögens.

In beiden Fällen wird nach § 266 StGB bestraft, obwohl die Sozialschädlichkeit der Verhaltensweisen unterschiedlich schwer wiegt. Zieht man nun einen Vergleich zu den Eigentumsdelikten, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich zwei Delikte mit unterschiedlicher Höchststrafe für vergleichbare Fälle geschaffen hat. Handelt der Täter nach § 266 StGB ohne eigennützige Motivation, schädigt er also nur das fremde Vermögen, so ist das Delikt mit der Sachbeschädigung nach § 303 StGB vergleichbar.²²⁰ Handelt der Täter hingegen mit eigennütziger Motivation, nutzt er das fremde Vermögen also zu eigenen Zwecken, so ist das Delikt mit dem Diebstahl nach § 242 StGB, besser noch mit der Unterschlagung nach § 246 StGB vergleichbar.²²¹ Die maximale Strafdrohung für die Sachbeschädigung liegt bei drei Jahren, während die maximale Strafdrohung bei Diebstahl und Unterschlagung bis zu fünf Jahre beträgt, in Abhängigkeit von der Begehungsform. Im Bereich der Vermögensdelikte wird hingegen unabhängig von der Begehungsform aus § 266 StGB bestraft.²²² Die Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit ist zwar in beiden Fällen gegeben, die Sozialschädlichkeit der beiden Verhaltensweisen ist jedoch unterschiedlich stark ausgeprägt. Der BGH scheint die Problematik der Verurteilung aus dem gleichen Delikt bei erheblich unterschiedlicher Sozialschädlichkeit auch gesehen zu haben und fordert folglich für die uneigennützige Untreue stets eine besonders strenge Prüfung des Vorsatzes.²²³

Für § 266 StGB kann festgehalten werden: Die Untreue ist ein Paradebeispiel für ein Delikt, welches auch altruistisch motiviert begangen werden kann. Soweit die Untreue altruistisch motiviert begangen wird, besteht ein geringeres Strafbedürfnis im Vergleich zu der eigennützigen Untreue. Diesem Aspekt muss bei der Auslegung des Tatbestandes wie bei der Entscheidung im Einzelfall Rechnung getragen werden.

2. Risikogeschäfte

Die Frage, ob und inwieweit wirtschaftliche Entscheidungen strafrechtlich überprüft werden sollen, ist so alt wie das Wirtschaftsstrafrecht selbst. Dabei geht es vor allem um die strafrechtliche Überprüfung riskanter Geschäfte.²²⁴ Die Strafvorschrift der Untreue spielt auch hier eine zentrale Rolle,²²⁵ was auf die zunehmende Trennung von Management und Kapital zurückzuführen ist. So ist jeder GmbH-Geschäftsführer oder AG-Vorstand seiner Gesellschaft gegenüber vermögensbetreuungspflichtig. Zugleich muss er tagtäglich über teilweise riskante Geschäfte entscheiden. Jedes dieser riskanten Geschäfte ist möglicher Gegenstand eines Untreuevorwurfs.²²⁶ Die Konsequenzen für die Verantwortlichen sind beängstigend: Jeder Inhaber einer Organstellung muss heute mit der Überprüfung seiner Entscheidungen durch die Staatsanwaltschaft rechnen und arbeitet unter einem latenten Strafbarkeitsrisiko.²²⁷

Die kriminalpolitischen Kernfragen sind dabei immer die gleichen: Soll der Staat wirtschaftlich riskante Geschäfte mit Strafe bedrohen? Und wann ist ein Verhalten als hinreichend sozialschädlich und somit strafwürdig und -bedürftig einzustufen? Wann ist es noch sozial erträglich oder sogar eine gewünschte Teilnahme am Wirtschaftsleben?²²⁸ Diese Fragen stellen einen neuralgischen Punkt der Kriminal- und Rechtspolitik dar und erfordern ein gut überlegtes Handeln. Rechtspolitisch muss die Balance zwischen freiem Unternehmertum und dem Strafbedürfnis einzelner Verhaltensweisen gefunden werden. Abstrakt ausgedrückt geht es um einen Ausgleich zwischen dem Schutzauftrag des Strafrechts und der freien Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen. Diese Kriterien hat nicht nur der Gesetzgeber bei der Schaffung von Gesetzen, sondern auch die Rechtsprechung sowie der Rechtsanwender bei deren Auslegung als Leitlinie heranzuziehen.

Einigkeit besteht darüber, dass auch in einer marktwirtschaftlich geprägten Gesellschaft die vorsätzliche Schädigung fremden Vermögens nicht ohne Sanktion bleiben darf. Gerade die zunehmende Undurchsichtigkeit wirtschaftlicher Vorgänge in einer globalisierten Welt erhöht die Gefahren für das Vermögen einzelner oder ganzer Unternehmen. Hinzukommt, dass auch Privatvermögen immer häufiger durch Dritte betreut wird und so die Gefahr des Missbrauchs dieser Herrschaftsmöglichkeit wächst.²²⁹

Letztendlich müssen auch Unternehmen vor unzulässigen Schädigungen ihres Vermögens durch ihre Mitarbeiter geschützt werden.

Die Brisanz der strafrechtlichen Regulierung im Bereich der Wirtschaft darf aber nicht unterschätzt werden. Vor allem die strafrechtliche Kontrolle von unternehmerischen Entscheidungen stellt für die Betroffenen eine prekäre Situation dar. Denn in einer Marktwirtschaft ist Risiko nicht nur erlaubt, es ist sogar in höchstem Maße erforderlich. Oftmals führt das Eingehen von Risiken erst zu dem gewünschten Erfolg. Nur wer bereit ist, gewisse Risiken einzugehen, hat auch die Chance auf Gewinn. Werden diese unternehmerischen Entscheidungen mit Strafe bedroht, so trifft dies einen der Kernbereiche der Marktwirtschaft. Und genau hierin liegt auch die Gefahr: Letztendlich würde jede unternehmerische Entscheidung unter dem Damoklesschwert der Untreue getroffen. Die Angst vor strafrechtlicher Kontrolle führt so zu einem risikoaversen Wirtschaftsklima und letztendlich zu einer Lähmung der gesamten Wirtschaft. Dies ist eine Konsequenz, die aber aus rechtspolitischer Sicht gerade nicht gewünscht ist.²³⁰

In der Konsequenz ist für die Strafbedürftigkeit der Untreue festzuhalten, dass unternehmerische Entscheidungen nicht grundsätzlich einer strafrechtlichen Kontrolle unterliegen dürfen, um die wirtschaftliche Entscheidungsfindung nicht zu sehr einzugrenzen. Die strafrechtliche Ahndung unternehmerischer Entscheidungen ist nur in einem eng umgrenzten Bereich legitim. Erst ein evident wirtschaftlich unvertretbares Geschäft darf nach § 266 StGB bestraft werden. Es muss ein hinreichender Entscheidungsspielraum gewährleistet werden, um den Entscheidungsträgern die Angst vor strafrechtlicher Kontrolle zu nehmen. Das Bedürfnis fehlerhafte unternehmerische Entscheidungen mit Strafe zu ahnden, besteht nur, soweit es sich um evident unvertretbare Entscheidungen handelt, welche näher an der Risikofreude eines Spielers denn an der eines Unternehmers orientiert sind. Im Zusammenhang mit Risikogeschäften besteht somit nur ein geringes Strafbedürfnis, welchem in der Auslegung des Tatbestandes Rechnung getragen werden muss.

3. Ausreichender anderweitiger Schutz

In zahlreichen Fallkonstellationen ist die Notwendigkeit, die jeweilige

Gesetzesüberschreitung mit § 266 StGB zu ahnden, zweifelhaft. Dies gilt vor allem, soweit das entsprechende Verhalten bereits im OWiG oder in anderen Spezialgesetzen mit einer Geldbuße oder einer anderen Sanktion bedroht ist. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen. Im ersten Fall hat der Kellermeister K Wein gepanscht. Neben einem – sanktionsbewährten – Verstoß gegen das Weingesetz hat der BGH darüber hinaus auch wegen Untreue verurteilt.²³¹ Dies erstaunt auf den ersten Blick deutlich, ist doch nicht zu erkennen, wie durch das Panschen von Wein hier der Tatbestand erfüllt sein soll. Der BGH sieht einen Vermögensschaden in der Gefahr, dass bei einer behördlichen Kontrolle der Wein beanstandet und dann nicht weiterverkauft werden kann. Dieser Vermögensschaden sei durch das pflichtwidrige Panschen des Weins herbeigeführt worden. In einem zweiten Fall²³² ließ der Geschäftsführer eines Reiseunternehmens zu, dass die Busfahrer in Einzelfällen die gesetzlichen Lenkzeiten überschritten. Dies stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, welche eine Geldbuße *gegen die GmbH* nach § 30 OWiG zu Folge haben *kann*. Damit hat der Geschäftsführer zugleich das Vermögen der GmbH gefährdet und mithin eine Untreue begangen, da eine konkrete Vermögensgefährdung ausreicht, um das Merkmal des Vermögensnachteils zu erfüllen.

Diese beiden Beispiele zeigen deutlich die Allgegenwärtigkeit der Untreuestrafbarkeit im Wirtschaftsleben. Man kann dies noch auf die Spitze treiben, wenn man folgenden –fiktiven – Fall heranzieht: Der Geschäftsführer einer GmbH fährt mit einem Dienstfahrzeug schneller als zugelassen. Dies begründet die konkrete Gefahr, dass der GmbH als Halterin des Fahrzeuges ein Bußgeld für den Fall auferlegt wird, dass das Auto in eine Radarkontrolle gerät. Aufgrund dessen müsste der Geschäftsführer der GmbH auch wegen Untreue bestraft werden. So absurd dieser Fall auch sein mag, es fällt schwer, ihn zu widerlegen.²³³ Faktisch kann jede Pflichtverletzung, die ein Organ begeht und welche zugleich mit der Gefahr einer Geldbuße einhergeht, immer auch als strafbare Untreue geahndet werden. In einzelnen Fällen mag die Untreuestrafbarkeit neben der Geldbuße auch ihre Berechtigung haben, so beispielsweise, wenn Bestechungsgelder gezahlt werden.²³⁴ Klar ist aber auch, dass ein Strafbedürfnis in der Großzahl der Fälle nicht gegeben ist. Dieses Ergebnis muss bei der Anwendung von § 266 StGB berücksichtigt werden. Dabei muss es das Ziel sein, durch restriktive Auslegung noch

eine verfassungsmäßige Interpretation des Tatbestandes zu erreichen.

IV. Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Untreue grundsätzlich strafbedürftig ist. Dies gilt auch für den Bereich der Wirtschaft. Die zunehmende Trennung von Management und Kapital macht einen Schutz vor missbräuchlicher Verwendung des anvertrauten Vermögens erforderlich. Andernfalls könnte selbst grösster Missbrauch der Herrschaftsstellung über fremdes Vermögen nicht strafrechtlich geahndet werden. Als Beispiel sei hier nur der Geschäftsführer einer GmbH genannt, welcher auf Kosten der GmbH in den Urlaub fährt. Ein solches Verhalten bedarf aufgrund der hohen Sozialschädlichkeit einer Bestrafung. Zugleich bedarf die Untreue aber auch starker Restriktion im Bereich der Wirtschaft. So umfasst der weite Tatbestand auch Konstellationen, in welchen ein Strafbedürfnis fehlt oder nur in krassen Ausnahmefällen vorhanden ist. Im Fall einer altruistisch motivierten Begehungsweise als auch im Bereich von riskanten Geschäften ist ein Strafbedürfnis häufig zweifelhaft. Auch die Expansion des Untreuestrafrechts ist mit kritischen Augen zu betrachten, da einerseits das Strafrecht nicht das richtige Mittel zur Wirtschaftssteuerung ist und andererseits die sozialetische Missbilligung der Strafsanktion verloren geht, wenn diese inflationär gebraucht wird. Für die Fallgruppe der Bankenuntreue wird im nächsten Abschnitt untersucht, ob eine gesonderte Beurteilung der Notwendigkeit staatlicher Strafe für eine einzelne Untreue-Fallgruppe möglich ist und wie diese Frage für die Bankenuntreue zu beantworten ist.

D. Besondere Konstellation bei der Bankenuntreue

Bevor Einzelheiten im Bereich der Bankenuntreue betrachtet werden, muss gefragt werden, ob eine gesonderte Beurteilung der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit für einzelne Fallgruppen einer Norm überhaupt zulässig ist. Zunächst erscheint allein die Idee ungewöhnlich, könnte doch ein und dieselbe Norm, in Abhängigkeit von der Fallgruppe, sowohl als strafwürdig und -bedürftig beurteilt werden wie auch als nicht strafwürdig und -bedürftig.²³⁵ In diesem Extremfall würde die Verfassungsmäßigkeit

der Norm von der jeweils einschlägigen Fallgruppe abhängen. Denn der Tatbestand würde (auch) unrechtsneutrales Verhalten umschreiben, und die Gerichte müssten letztlich über die Strafwürdigkeit des Verhaltens entscheiden. Da es originäre Aufgabe des Strafgesetzgebers ist, die Unrechtsbestimmung zu treffen, würde die Norm nicht mehr den Anforderungen an ein Strafgesetz entsprechen und sie wäre folglich als verfassungswidrig einzustufen.²³⁶

Denkbar wäre jedoch auch die verfassungskonforme Auslegung im Sinne einer teleologischen Reduktion; demnach wäre die Norm so auszulegen, dass sie in diesem speziellen Fall nicht mehr greift. Damit greift der Gesetzesanwender jedoch in den Kernbereich der Legislative ein, indem er ein Gesetz entgegen dem klaren Wortlaut – und somit dem deutlichen Willen des Gesetzgebers – nicht anwendet. Demnach ist eine Norm bereits dann als verfassungswidrig einzustufen, sobald in *einer* Konstellation die Legitimation für den Einsatz des Strafrechts fehlt. Es ist dann unerheblich, ob in anderen Konstellationen ein legitimes Strafinteresse besteht. Auch ist es möglich, eine Norm unter bestimmten Voraussetzungen restriktiver auszulegen, sodass geringerer Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit Rechnung getragen werden kann. Berücksichtigt man, dass bis in die 1960er-Jahre Konstellationen die heute unter § 266 StGB fallen, als Sondertatbestände geregelt waren, wird deutlich, dass auch bezüglich einzelner Fallkonstellationen die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit einzeln festgestellt werden kann. Der Strafrechtswissenschaft und insbesondere der Gerichtsbarkeit kommt die Aufgabe zu, das geltende Recht zu konkretisieren und gegebenenfalls durch restriktive Auslegung eine verfassungsmäßige Interpretation der Norm zu erreichen. Erst wenn selbst bei restriktivster Auslegung die Norm nicht mehr mit der Verfassung zu vereinbaren ist, ist sie als verfassungswidrig einzustufen. Es ist somit zulässig und notwendig, einzelne Untreue-Konstellationen auf ihre Strafbedürftigkeit hin zu untersuchen.

I. Auswirkungen der aktuellen Finanzkrise

In der aktuellen Finanzkrise wird wieder vermehrt eine stärkere Regulierung des Bankensektors gefordert. Dabei wird häufig gefordert, dass die entsprechenden Fehlverhalten auch mittels des Strafrechts sanktioniert werden, um in Zukunft entsprechende Krisen zu verhindern.²³⁷ Im Folgenden soll untersucht werden, ob und wie die aktuelle Finanzkrise sich auf die Strafbedürftigkeit der Bankenuntreue auswirkt und ob eine stärkere strafrechtliche Sanktionierung im Bereich der Kreditvergaben erforderlich ist.

Die Finanzkrise hat nicht nur zu großen Verwerfungen auf den internationalen Finanzmärkten geführt, sondern weitet sich zunehmend auch auf andere Branchen aus und hat letztlich eine globale Krise verursacht. Berücksichtigt man die zahlreichen negativen Auswirkungen der Krise, wie Vermögensverluste großen Ausmaßes und Insolvenzen zahlreicher Unternehmen, kann es nicht verwundern, dass eine Bestrafung der Verursacher gefordert wird. Es spricht auf den ersten Blick somit viel für eine Strafbedürftigkeit im Bereich des Bankwesens, wenn Fehlverhalten hier zu Schäden solch enormen Ausmaßes führen kann. Ob die Forderung nach mehr Strafrecht im Bankbereich berechtigt ist und insbesondere die Finanzkrise zur Legitimation von Strafe im Bereich der Kreditvergaben herangezogen werden kann, ist nun zu untersuchen.

Hierzu muss zunächst die Entstehung der Finanzkrise, zumindest in ihren Grundzügen, erfasst werden.²³⁸ Ausgelöst wurde die Finanzkrise durch den Einbruch der US- Immobilienpreise.²³⁹ Der Einbruch der Immobilienpreise und die steigenden Kreditzinsen in den USA führten dazu, dass viele Immobilienbesitzer in den USA nicht mehr in der Lage waren, die Hypothekenkredite auf ihre Immobilien zu bezahlen und auch keine Möglichkeit hatten, neue Kredite aufzunehmen, um damit die alten Hypothekenkredite abzuführen. Die zahlreichen Ausfälle im Bereich der Hypothekenkredite sind auf die Kreditvergaben an eigentlich kreditunwürdige Kunden zurückzuführen.²⁴⁰ Die US Banken hatten mittels Lockangeboten zahlreiche Kredite vergeben, welche es auch kreditunwürdigen Kunden erlaubten, Immobilien zu erwerben. Dies diente

den Banken dazu, ihr Geschäft auszuweiten und eine bessere Rendite zu erwirtschaften. Diese Geschäfte funktionierten so lange, wie die Immobilienpreise stiegen, denn bei einem Kreditausfall war es möglich, die Immobilie für deren Kauf der Kredit vergeben worden war zu verwerten. Da die Immobilie zwischenzeitlich im Wert gestiegen war, konnten die Forderungen der Bank gegen den Kreditnehmer letztlich vollständig befriedigt werden. Aufgrund der zuerst stagnierenden und dann fallenden Immobilienpreise in den USA brach dieses Geschäftsmodell zusammen und zahlreiche Hypothekenkredite fielen aus.

Dies allein wäre noch ein vornehmlich lokales Problem auf dem US-Immobilien- und Finanzmarkt gewesen, welches nur begrenzte Auswirkungen auf die internationalen Finanzmärkte gehabt hätte.²⁴¹ Die globalen Auswirkungen sind letztlich auf die Aufsplittung der Forderungen aus Hypothekenkrediten in viele Teilforderungen und Bündelung dieser Teilforderungen zu international handelbaren Wertpapieren zurückzuführen.²⁴² Diese von Ratingagenturen mit Bestnoten ausgezeichneten Papiere wurden international zwischen Banken, Fonds und Privatleuten wie sonstige Wertpapiere gehandelt. Da nicht nachvollziehbar war, hinter welchen dieser Papiere werthaltige Forderungen stehen und welche wertlos sind, brach der Markt für diese gepoolten Kreditrisikopapiere im Zuge der Immobilienkrise in sich zusammen. Aufgrund der weltweiten Streuung dieser Papiere mussten fast alle international tätigen Banken ihre Bilanzen berichtigen, und es entstand eine Vertrauenskrise zwischen den Banken. Die folgende restriktive Vergabe von Krediten durch die Banken führte dazu, dass sich die Finanzkrise zunehmend auch auf andere Branchen ausweitete und eine branchenübergreifende Krise entstand.

Analysiert man die Entstehung der Finanzkrise unter dem Gesichtspunkt der Untreuestrafbarkeit, kommen zwei Anknüpfungspunkte für eine mögliche Strafbarkeit nach § 266 StGB in Betracht. Zum einen könnte eine Kreditvergabe an eigentlich kreditunwürdige Kunden nach § 266 StGB strafbar sein. Zum anderen könnte der Erwerb von Wertpapieren, deren dahinterstehender Wert nur unzureichend nachvollzogen werden kann, den Untreuetatbestand erfüllen.²⁴³ Während letztere Variante nicht unter den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit fällt, entspricht die erstere genau der hier untersuchten Fallkonstellation der Bankenuntreue.

Auf den ersten Blick scheint der Einsatz von Strafrecht für die Fallkonstellation der Bankenuntreue zwingend erforderlich, denn durch die zahlreichen Kreditvergaben an kreditunwürdige Kunden wurde letztlich die weltweite Finanzkrise ausgelöst und enorme Schäden sind entstanden. Die zahlreichen Kreditvergaben unter Missachtung der Risiken waren motiviert durch die Gier der Bankmitarbeiter,²⁴⁴ das Strafrecht erscheint als ein geeignetes und erforderliches Mittel, um dieser Gier entgegenzuwirken und so die enormen Schäden zu verhindern. Bevor nun eine Lanze für die Strafbedürftigkeit der Bankenuntreue gebrochen wird, sind noch zwei Fragen zu beantworten: Zum einen ist fraglich, wie es zu beurteilen ist, dass die genannten Kredite allein in den USA vergeben worden sind und nicht in Deutschland. Zum anderen ist zu fragen, ob der Tatbestand der Untreue überhaupt zum Schutz des nationalen oder globalen (Finanz-)Wirtschaftssystems herangezogen werden kann.

Dass in Deutschland keine Kredite zum Kauf von Immobilien an eigentlich kreditunwürdige Kunden vergeben wurden, ist auf die strengen Kreditvergabevorschriften in Deutschland zurückzuführen. Bevor in Deutschland ein Kredit für den Kauf eines Hauses vergeben wird, muss der Kunde ausreichende Sicherheiten vorweisen. Folglich ist die massenhafte Kreditvergabe an eigentlich kreditunwürdige Kunden in Deutschland zivilrechtlich untersagt. Dass es in Deutschland nicht zu einer ähnlichen Entwicklung wie in den USA gekommen ist, beruht gerade auch auf den strengen Kreditvergabevorschriften im deutschen Bankrecht, welches unter anderem das Ziel hat, die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft zu gewährleisten. Mithin kann für Deutschland zunächst festgehalten werden, dass die Finanzkrise nicht als Argument für eine vermehrte Ahndung von missbräuchlichen Kreditgewährungen herangezogen werden kann. Denn in Deutschland ist es gerade nicht vermehrt zu missbräuchlichen Kreditgewährungen gekommen, vielmehr hat die Finanzkrise sogar gezeigt, dass die deutschen Regelungen zu Kreditvergaben einen guten Schutz vor leichtsinnigen Kreditgewährungen bieten und zusätzlicher Schutz durch das Strafrecht nicht zwingend erforderlich ist.

Ob der Tatbestand der Untreue zum Schutz vor einer (Finanz-)Wirtschaftskrise herangezogen werden kann, hängt auch davon ab, welches Rechtsgut die Untreue schützt. Wie bereits aufgezeigt, schützt die

Untreue ausschließlich das Vermögen der Bank.²⁴⁵ Somit kann die Untreue auch nicht zum Schutz vor einer wirtschaftlichen Krise instrumentalisiert werden, da dies eine Vertauschung des Schutzgutes darstellen würde. Der Tatbestand der Untreue ist somit weder geeignet, noch erforderlich, um vor einer Wirtschaftskrise zu schützen.

Festzuhalten ist, dass die aktuelle Finanzkrise sich nicht auf die Strafbedürftigkeit der Bankenuntreue auswirken kann, da einerseits die Untreue nicht die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft schützt und andererseits die bestehenden Regelungen zum Schutz vor missbräuchlichen Kreditgewährungen gezeigt haben, dass sie ausreichen, um vor der Verursachung einer Krise zu schützen.

II. Sonstige staatliche Kontrollmechanismen – Regulierung des Bankensektors

Im Folgenden sollen die wichtigsten bankenrechtlichen Regelungen und aufsichtsrechtlichen Möglichkeiten vorgestellt werden, um daraus Schlüsse für die Strafbedürftigkeit der Bankenuntreue ziehen zu können. Der Bankensektor ist einer der am stärksten regulierten und beaufsichtigten Zweige der Wirtschaft, was auf seiner herausragenden Bedeutung für die Volkswirtschaft zurückzuführen ist.²⁴⁶ Das bedeutendste Spezialgesetz für Kreditinstitute ist das auch als Grundgesetz der Kreditwirtschaft bezeichnete KWG (Kreditwesengesetz).²⁴⁷ Das KWG ist dabei drei Zielen verpflichtet: der Gewährleistung der guten Ordnung im Bankwesen, der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Kreditapparates und der Schutz der Kunden vor Verlust ihrer Vermögenseinlagen.²⁴⁸ Neben dem KWG gibt es noch ein Sonderrecht für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sowie zahlreiche weitere Regelungen und Verhaltensanweisungen.²⁴⁹ Dabei ist das Bank- und Kapitalmarktrecht zusätzlich stark europarechtlich beeinflusst, da regelmäßig EG-Richtlinien in nationale Gesetze umgesetzt werden müssen.²⁵⁰ Die Beaufsichtigung der Kreditwirtschaft wird nach § 6 Abs. 1 KWG von der BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) übernommen. Die BaFin hat sowohl die Aufgabe übernommen, das Bankgewerbe als Wirtschaftssektor zu überwachen, wie auch die institutsbezogene Aufsicht

der einzelnen Kreditinstitute.²⁵¹ Von besonderer Bedeutung ist § 10 KWG, wonach Kreditinstitute angemessene Eigenmittel zur Verfügung halten müssen, um die Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte zu gewährleisten. Neben dieser allgemeinen Regelung sind hier die Regelungen über Kreditvergaben in den §§ 13ff. KWG von besonderem Interesse. Nach § 13 I KWG besteht die Pflicht, Kredite ab einer gewissen Größe der Deutschen Bundesbank anzuzeigen, welche diese Information nach einer Stellungnahme an die BaFin weiterleitet.²⁵² Eine weitere Anzeigepflicht besteht für Millionenkredite²⁵³ nach § 14 KWG. Für die Bankenuntreue spielt vor allem § 18 KWG eine entscheidende Rolle.²⁵⁴ Nach § 18 KWG muss sich die Bank bei Krediten ab einem Volumen von € 750.000.- oder 10% des haftenden Eigenkapitals des Instituts die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers offenlegen lassen, insbesondere durch die Vorlage der Jahresabschlüsse.²⁵⁵ Soweit gegen § 18 Satz 1 KWG verstoßen wird, ist dies eine Ordnungswidrigkeit nach § 56 Abs. 3 Nr. 4 KWG. Die für die Einhaltung von § 18 KWG verantwortlichen Personen können mit einem Bußgeld von bis zu € 150.000.- sanktioniert werden. Ursprünglich wurden von der BaFin und ihrer Vorgängeranstalt noch zusätzliche Auslegungsregeln zu § 18 KWG erlassen. Mit Wirkung zum 9.5.2005 hat die BaFin diese jedoch aufgehoben und den Instituten einen größeren Freiraum bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit ihrer Kunden eingeräumt.²⁵⁶ Zusätzlich zu diesen Regelungen über die Offenlegungspflichten im Zusammenhang mit Krediten finden sich in der MaRisk (Mindestanforderungen für das Risikomanagement) weitere Vorschriften, welche die Vergabe von Krediten regeln.

Bereits an der Erläuterung einzelner Vorschriften des KWG wird die umfangreiche Regulierung im Bereich der Kreditwirtschaft deutlich. Nicht nur sind einzelne Kreditgeschäfte den Aufsichtsbehörden anzuzeigen, vielmehr werden über § 18 KWG und die MaRisk auch inhaltliche Anforderungen an die Durchführung der Geschäfte gestellt. Soweit diese Anforderungen nicht eingehalten werden, droht den hierfür Verantwortlichen ein Bußgeld und ein Ordnungswidrigkeitsverfahren. Diese umfassenden Regelungen im Bereich des Bankensektors erscheinen ausreichend, um die erforderliche Sicherheit von Kreditvergaben zu gewährleisten. Selbstverständlich bieten sie aber keinen umfassenden

Schutz vor missbräuchlicher Kreditgewährung.

III. Außerstrafrechtliche Sanktionierung des Täters

Neben strafrechtlicher Ahndung droht dem Täter einer Bankenuntreue eine Reihe von außerstrafrechtlichen Sanktionen. Hier sei zunächst an das bereits erwähnte Ordnungswidrigkeitsverfahren nach § 56 KWG erinnert, wonach der Verantwortliche für den Verstoß gegen § 18 KWG mit einer Geldbuße von bis zu € 150.000,- zu rechnen hat. Außerdem dürften für den Mitarbeiter einer Bank arbeitsrechtliche Folgen sehr viel näherliegen als die Befürchtung, eine Untreue nach § 266 StGB zu begehen. Dies gilt vor allem für den altruistisch motivierten Täter, welcher bei seiner Entscheidung allein im – vermeintlichen – Erfolgsinteresse der Bank handelt. Soweit ein Bankmitarbeiter Kredite mit einem zu hohen Ausfallrisiko vergibt oder die von ihm vergebenen Kredite regelmäßig nicht einzubringen sind, hat er unmittelbar mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen seiner Bank zu rechnen. Diese reichen von Verwarnungen über Beförderungsstopps bis hin zu einer Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis.²⁵⁷ Diese drohenden Sanktionen dürften regelmäßig ausreichen, um den Mitarbeiter zu einem ordnungsgemäßen Arbeiten anzuhalten. Eine weitere Sanktionsmöglichkeit besteht in Schadensersatz- und Regressforderungen der Bank gegenüber ihrem Mitarbeiter. Sobald der Bankmitarbeiter nachweislich mit Vorsatz das Vermögen der Bank geschädigt hat, kommt eine Haftung aus § 823 Absatz 1 BGB in Betracht, beziehungsweise nach § 823 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 18 KWG, soweit man letzteren als Schutzgesetz ansieht. Daneben kommen schuldrechtliche Schadensersatzansprüche aus dem Arbeitsvertrag in Betracht. Im Falle von Vorsatz besteht hier die Möglichkeit, den gesamten Umfang des ausgefallenen Kredites von dem Mitarbeiter zurückzufordern. Eine solche Forderung kann sowohl einen Bankangestellten wie einen Vorstand²⁵⁸ in schwere wirtschaftliche Bedrängnis bringen, in vielen Fällen wird sogar eine Privatinsolvenz unumgänglich sein. Praktisch werden diese Ansprüche auch vermehrt geltend gemacht, vor allem da die Verantwortlichen sonst fürchten müssen, sich selbst einer Untreue schuldig zu machen, falls sie die Schadensersatzforderungen der Bank nicht geltend machten.²⁵⁹

Berücksichtigt man die zahlreichen außerstrafrechtlichen Sanktionen, die bei der ordnungswidrigen Vergabe eines Kredites drohen, so stellt sich unmittelbar die Frage, ob Strafe hier noch notwendig ist.

IV. Opferlose Inkriminierung? – Interesse der Bank an strafrechtlicher Verfolgung

Im Zusammenhang mit unzulässigen Kreditvergaben stellt sich die Frage, inwieweit die Bank ein Interesse an der Strafverfolgung ihrer Mitarbeiter hat.²⁶⁰ Dies ist aus zwei Gründen zweifelhaft: Die mediale Aufarbeitung eines fehlerhaften Kreditengagements in einem öffentlichen Strafprozess schadet dem Image der Bank erheblich. Eine Feststellung des Vorsatzes durch einen Richter verhindert zudem Ansprüche der Bank gegen eine etwaige D&O-Versicherung (Directors-and-Officers-Versicherung).²⁶¹

Betrachtet werden soll zunächst der Imageschaden der Bank, welcher mit der Eröffnung eines Strafverfahrens gegen einen ihrer Mitarbeiter einhergeht. Die Bankbranche gilt gemeinhin als öffentlichkeitsscheu.²⁶² Sobald eine Krise auftritt, greift bei den Banken ein Krisenmanagement, welches maßgeblich durch PR-Arbeit (Public Relations) geprägt wird. Für eine erfolgreiche Krisen-PR wird zunächst versucht, möglichst jedwede Öffentlichkeit zu vermeiden.²⁶³ Ermittlungen der Staatsanwaltschaft wie auch ein öffentliches Strafverfahren führen hier neben dem ausgefallenen Kredit nur zu weiteren Nachteilen in Form von Imageschäden.²⁶⁴ Den Imageverlust und damit einhergehende wirtschaftliche Verluste versucht eine Bank durch eine lautlose Abwicklung zu vermeiden. Aufgrund dessen wählen Banken in solchen Fällen eine defensive Strategie und vermeiden ein Strafverfahren gegen den eigenen Mitarbeiter. Ganz anders verhält sich die Bank hingegen, wenn die Vorgänge bereits öffentlich geworden sind.²⁶⁵ Dann stellt sie sich gegen ihren Mitarbeiter und fordert vehement eine Bestrafung desselbigen. Auch dies geschieht aber allein aus PR-taktischen Gründen. Sobald ein solcher Fall publik wird, versucht die Bank sämtliche Schuld auf einen (Ex-)Mitarbeiter abzuladen, ihn sozusagen als einziges „schwarzes Schaf“ im Unternehmen darzustellen.²⁶⁶ Dies dient dazu, einen Vertrauensverlust zu vermeiden und die Glaubwürdigkeit wiederzugewinnen beziehungsweise zu erhalten.

Diese Verhaltensweise der Bank zeigt die Bedeutung des Images für die Bank. Sie hat ein hohes Interesse an einer möglichst geräuschlosen Abwicklung fehlgeschlagener Kreditengagements. Eine solche ist aber nur möglich, wenn keine öffentliche Berichterstattung erfolgt und vor allem keine dem Grundsatz der Öffentlichkeit verpflichtete Strafgerichtsverhandlung stattfindet.²⁶⁷ Soweit die öffentliche Berichterstattung aber doch erfolgt, versucht die Bank zumindest den Schaden zu begrenzen, indem sie sich sofort gegen ihren Mitarbeiter stellt und diesen entlässt sowie seine Bestrafung fordert. An der gängigen Praxis, Mitarbeiter dazu anzuhalten trotz Entlassung über die Vorgänge zu schweigen und bei Zuwiderhandlung Strafanzeige zu erstatten, lässt sich erkennen, wie wichtig der Bank die Verschleierung der Problematik ist.

Neben den negativen Auswirkungen strafrechtlicher Verfahren hat die Bank auch aufgrund der rechtlichen Ausgestaltung der D&O-Versicherungen kein Interesse an strafrechtlicher Ahndung der fehlerhaften Kreditvergabe. Bei der D&O-Versicherung handelt es sich um eine Berufshaftpflichtversicherung für die Organe einer Gesellschaft. Die Versicherung übernimmt sämtliche Schäden der Gesellschaft oder ihrer Kunden, welche durch pflichtwidriges Verhalten eines Organs hervorgerufen wurden. Dabei ist der Versicherungsschutz jedoch auf unvorsätzliches Handeln der entsprechenden Organe beschränkt. Sobald also ein Organ vorsätzlich handelt, entfällt der Versicherungsschutz. Im Fall der Bankenuntreue ergibt sich somit folgendes Szenario: Soweit der Mitarbeiter der Bank nur fahrlässig gehandelt hat, kann die Bank einen Anspruch gegen ihren D&O-Versicherer geltend machen. Hat der Bankangestellte hingegen vorsätzlich gehandelt, entfällt diese Möglichkeit und die Bank ist in Bezug auf Schadensersatzansprüche auf die Inanspruchnahme ihres Mitarbeiters verwiesen. Eine Inanspruchnahme des Mitarbeiters ist für die Bank sehr viel unattraktiver, da dieser in der Regel nicht ausreichend vermögend ist, um die zumeist hohen Schäden zu ersetzen. Dies zeigt, dass die Bank im Falle eines fahrlässig oder auch grob fahrlässig handelnden Mitarbeiters ihren Schaden eher ersetzt bekommt, als in dem Fall eines vorsätzlich handelnden Mitarbeiters.

Ob Vorsatz vorliegt, ist grundsätzlich unabhängig von der Frage, ob das entsprechende Verhalten mit Strafe bedroht ist oder nicht. Folglich macht es für die Bank auch keinen Unterschied, ob die fehlerhafte Kreditvergabe

mit Strafe bedroht ist oder nicht. Dieser auf den ersten Blick zwingende Schluss gerät ins Wanken, sobald man die tatsächlichen Vorgänge in der Praxis berücksichtigt. Aufgrund der komplexen Interessenlage und Vielzahl an Zusammenhängen in einem D&O-Versicherungsfall kommt es in den seltensten Fällen zu einer gerichtlichen Feststellung der Ansprüche, vielmehr wird in der Großzahl der Fälle ein Vergleich geschlossen. In einem Vergleichsverfahren kann der Vorsatz nicht rechtsverbindlich festgestellt werden, sodass die Frage des Vorsatzes regelmäßig nur ein Faktor ist, welcher die Höhe der Versicherungssumme mitbestimmt. Wird hingegen in einem Strafverfahren der Vorsatz rechtsverbindlich festgestellt, so hat die Bank keine Chance mehr, Geld von ihrer Versicherung zu erhalten. Aber selbst die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen ihre Angestellten, schwächt bereits die Position der Bank in Vergleichsverhandlungen mit ihrer D&O-Versicherung. Folglich hat die Bank auch aus wirtschaftlichen Gründen ein hohes Interesse daran, ein Strafverfahren zu vermeiden, um sich so mögliche Ansprüche gegen ihre Versicherungen zu erhalten.

V. Handeln im Interesse der Bank

Die bereits oben angesprochene Problematik des altruistisch motivierten Täters kommt auch bei der Bankenuntreue zum Tragen. Dabei ist hier zu differenzieren, da die Bankenuntreue sowohl altruistisch motiviert, also am Erfolgsinteresse der Bank orientiert, als auch egoistisch motiviert begangen werden kann. Soweit der Bankmitarbeiter einen ungesicherten Millionenkredit an seine Geliebte vergibt, handelt es sich unstreitig um eine eigennützig motivierte Untreue.²⁶⁸ Daneben kann auch eine solche Kreditvergabe eine strafbare Untreue darstellen, welche nicht primär auf einer eigennützigen Motivation beruht. Typischerweise im Rahmen von Sanierungskrediten besteht die Gefahr, einen Kredit zu vergeben, welcher im Ergebnis eine Bankenuntreue darstellt. Die Motivation des Mitarbeiters, einen guten Bonus zu erhalten, welcher bei einigen Banken von der Anzahl der vergebenen Kredite abhängt, kann aber auch hier noch eine gewisse eigennützige Motivation darstellen. Dennoch reicht dies nicht aus, um das Delikt bereits als eigennützig motiviert einzuordnen.²⁶⁹ Einerseits fehlt es an der Unmittelbarkeit des Vorteils; der Mitarbeiter

erhält seinen Vorteil nur mittelbar aus seinem Arbeitsvertrag. Andererseits handelt der Mitarbeiter im Erfolgsinteresse des Unternehmens, mag er dieses auch missverstanden haben. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass sich auch schlechte Kreditengagements im Ergebnis wieder auf die Karriere des Mitarbeiters auswirken und letztlich Kreditvergaben, die allein aus dem Interesse einen Bonus zu erhalten motiviert sind, höchst unwahrscheinlich sind. Von einer uneigennützigen Bankenuntreue kann gesprochen werden, wenn der Mitarbeiter einen zu riskanten Kredit vergibt, ohne selbst daraus einen Vorteil zu ziehen. In einem solchen Fall wird die Untreue in der Form des eigennützig motivierten Delikts begangen.²⁷⁰ Es ist dann zweifelhaft, weshalb der Mitarbeiter zusätzlich zu hausinternen und sonstigen Sanktionen noch strafrechtlich sanktioniert werden muss.

VI. Schutz der Kunden

Ein Schutz der Kunden über § 266 StGB kann nur dann die Strafbedürftigkeit beeinflussen, wenn die Untreue auch die Kunden schützen soll. Wie oben bereits aufgezeigt, schützt § 266 StGB ausschließlich das Vermögen.²⁷¹ Aufgrund der vertraglichen Beziehungen zwischen Kreditinstitut und Kunde übereignet dieser sein Geld bei Einzahlung der Bank. Der Kunde erhält nur eine Forderung gegen die Bank.²⁷² Unmittelbar kann das Vermögen des Kunden folglich nicht über § 266 StGB geschützt werden.²⁷³ Ein Schutz über die Aufnahme des Rechtsgutes „Gläubigerinteressen“ in § 266 StGB verbietet sich aufgrund des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot. Folglich kommt ein Schutz der Kunden über § 266 StGB nicht in Betracht.²⁷⁴

E. Ergebnis und Fazit

Der erste Teil der Arbeit hat die Notwendigkeit von Strafe im Bereich der Wirtschaft und speziell für untreuerelevante Kreditvergaben untersucht. Dabei konnte die Strafwürdigkeit der Untreue aufgezeigt werden. In einem zweiten Schritt wurde die Strafbedürftigkeit der Untreue speziell im Bereich der Wirtschaft untersucht. Auch im Wirtschaftsbereich ist die Strafvorschrift der Untreue notwendig und legitimierbar. Aber es bedarf

hier eines vorsichtigen Einsatzes des § 266 StGB, um nicht wirtschaftlich gewünschte Verhaltensweisen zu verhindern. Die Weite des § 266 StGB führt dazu, dass zahlreiche Fallkonstellationen erfasst werden, welche nicht oder nur sehr begrenzt strafbedürftig sind. Es konnte gezeigt werden, dass die berechtigte Kritik der Frankfurter Schule am modernen Strafrecht teilweise auch auf den Untreuetatbestand zutrifft. Um diesen Gesichtspunkten und der Kritik an der Ausweitung der Untreuestrafbarkeit Rechnung tragen zu können, bedarf es einer restriktiven Interpretation des Tatbestandes. Speziell mit der Fallkonstellation der Bankenuntreue greift das Strafrecht in einen hochsensiblen Bereich der Wirtschaft ein. Hierdurch entstehen zahlreiche Interessenkonflikte. Das Interesse der Kreditinstitute an der strafrechtlichen Verfolgung ihrer Mitarbeiter ist zumeist nur begrenzt oder gar nicht vorhanden. Aufgrund außerstrafrechtlicher Sanktionen besteht in den meisten Fällen kein Bedürfnis, den Bankmitarbeiter für sein fehlerhaftes Verhalten auch strafrechtlich zu sanktionieren. Die außerstrafrechtlichen Sanktionen sind oftmals unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten härter und insgesamt als völlig ausreichend zu erachten. Die strafrechtliche Kontrolle wirtschaftlicher Entscheidungen, wie solche über Kreditvergaben, stellt für die Entscheidungsfreudigkeit im Wirtschaftsleben eine hohe Gefahr dar. Zugleich besteht in Deutschland für Kreditvergaben eine umfangreiche Regulierung, welche ausreichend Schutz vor ungesicherten Krediten bietet.²⁷⁵ Ergänzend haben auch die Kreditinstitute selbst ausreichend Möglichkeiten, den Schutz ihres Vermögens selbst zu bewerkstelligen. Daher muss im Bereich der Bankenuntreue das Strafrecht weitestgehend zurückgenommen werden. Strafe ist hier nur in extremen Ausnahmefällen legitim. Im Fortgang der Untersuchung muss nun herausgearbeitet werden, ob die Untreue hinreichend restriktiv ausgelegt werden kann oder ob sie Konstellationen umfasst, welche nicht bestraft werden dürfen. Ist Letzteres der Fall, muss die Untreue als verfassungswidrig eingestuft werden.

Zweiter Teil: Der Untreuetatbestand

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich den materiellrechtlichen Problemen der Untreue im Zusammenhang mit Kreditvergaben. Dabei wird zunächst der Untersuchungsgegenstand weiter konkretisiert. Dies dient einer Fokussierung auf die wirtschaftsstrafrechtlichen und untreuenspezifischen Probleme im Zusammenhang mit Kreditvergaben. Vor allem gilt es, solche Problemfelder von der Untersuchung auszuklammern, welche nicht zu den Kernproblemen des Untreuetatbestandes im Wirtschaftsbereich zählen. Im zweiten Schritt geht es dann um die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB und die Schwierigkeiten der Anwendung des Tatbestandes auf den Fall von riskanten Kreditvergaben.

A. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes

Ziel dieses Abschnitts ist es zunächst, die Fallkonstellationen der Untreue durch Kreditvergaben detaillierter vorzustellen. Außerdem wird auf eine in Rechtsprechung und Literatur noch kaum behandelte Problematik der Untreue im Zusammenhang mit Krediten hingewiesen. Im Anschluss wird eine Übersicht über das deutsche Bankenwesen gegeben, bevor einzelne Problemfelder aus dem weiteren Umfeld der Bankenuntreue vorgestellt werden. Diese werden in der gebotenen Kürze erörtert und von der weiteren Untersuchung ausgeklammert, um die Untersuchung auf die Kernprobleme der Bankenuntreue konzentrieren zu können.

I. Fallkonstellationen

Im Zusammenhang mit Krediten kommt eine Einschlägigkeit des Untreuetatbestandes nach § 266 StGB zumeist nur zum Zeitpunkt der Kreditvergabe in Betracht. Tatsächlich besteht aber auch nach der Vergabe des Kredites für Bankmitarbeiter die Gefahr, sich durch den Weiterverkauf des Kredites einer Untreue schuldig zu machen. Hier sollen zunächst die

zahlreichen Konstellationen einer Untreue durch Kreditvergabe erläutert werden, bevor es um das Sonderproblem der Untreue durch Verwertung von Krediten geht.

1. Untreue durch Vergabe von Krediten

Kern jeder Bankenuntreue ist ein Kreditgeschäft. Sobald ein Bankangestellter bei der Vergabe eines Kredites die Grenzen des erlaubten Kreditgeschäftes überschreitet, kann das Geschäft strafrechtliche Relevanz erlangen.²⁷⁶ Die Abgrenzung einer erlaubten von einer missbräuchlichen Kreditgewährung stellt dabei die größte Schwierigkeit dar. Ob eine Kreditvergabe strafrechtlich relevant ist, hängt von zahlreichen Faktoren ab. Unter anderem spielt die fehlende Prüfung der Kreditwürdigkeit sowie die Verletzung gesetzlicher und bankinterner Regeln eine wichtige Rolle bei der Frage nach der Strafbarkeit. Wurde festgestellt, dass eine Kreditvergabe unter Verstoß gegen diese Regeln zustande gekommen ist, ist damit aber noch nicht gesagt, dass auch zwingend eine Untreue vorliegt. Vielmehr sind weitere Voraussetzungen – allen voran ein Vermögensschaden – nötig. Auch die Motive zur Vergabe eines unerlaubten Kredites können vielfältiger Natur sein, diese können sich auf die Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit sowie die Strafzumessung auswirken. So kann die Kreditvergabe auf Eigennutz, Leichtsinn oder übermäßigem Profitstreben beruhen. Sie kann aber auch aus der Motivation veranlasst sein, den Unternehmensgewinn zu steigern, einen Schuldner zu sanieren oder unternehmensinterne Vorgaben zu erfüllen. Deutlich wird an den zahlreichen Varianten der unerlaubten Kreditvergabe, dass eine Bankenuntreue auf vielfältige Weise begangen werden kann. Aufgrund dessen gibt es auch in Rechtsprechung und Literatur zahlreiche Fälle, welche dem Bereich der Bankenuntreue zuzuordnen sind.²⁷⁷ Nicht mit allen Fallkonstellationen sind typische wirtschaftsstrafrechtliche Fragestellungen verbunden, so weist beispielsweise eine Kreditgewährung durch den Bankmitarbeiter an seine vermögenslose Freundin keine spezifisch wirtschaftsstrafrechtlichen Probleme auf, da sowohl die Pflichtwidrigkeit als auch der Nachteil einfach zu bestimmen sind. Diese Untersuchung widmet sich nur solchen Fällen der pflichtwidrigen Kreditvergabe, welche einen spezifisch wirtschaftsstrafrechtlichen Bezug aufweisen. Hierzu gehören vor allem

riskante Kreditengagements wie Sanierungskredite oder Großkredite an einzelne Unternehmen. Denn bei solchen Krediten steht stets die Frage nach der Strafbarkeit von riskanten Geschäften im Vordergrund und die Frage wie viel Risiko noch erlaubt ist und wann das Risiko so hoch ist, dass die Grenze zur Strafbarkeit überschritten ist.

2. Untreue durch Verwertung von Forderungen aus Kreditverhältnissen

Rechtsprechung und Literatur haben sich bislang hauptsächlich der Untreue durch die Kreditvergabe gewidmet. Im Zusammenhang mit Krediten kommt eine Untreue jedoch auch zu einem späteren Zeitpunkt in Betracht. Namentlich geht es um den Weiterverkauf von „faulen“ Krediten an andere Banken und Finanzunternehmen. Die Mitarbeiter der Sanierungsabteilung überprüfen regelmäßig den Bestand an vorhandenen Krediten und bewerten diese anhand ihres Ausfallrisikos. Soweit ein Kredit eine – institutsabhängige – Schwelle unterschreitet und somit als zu riskant eingestuft wird, ist es Aufgabe der Sanierungsabteilung diesen bestmöglich weiterzuverkaufen. Formal handelt es sich hierbei um einen Forderungsverkauf, wobei die zugehörigen Sicherheiten mit auf den Käufer übergehen.²⁷⁸ Die Forderung wird aufgrund des gestiegenen Risikos regelmäßig mit einem erheblichen Abschlag auf den Nennwert verkauft. Der Nennwert der Forderung entspricht aufgrund des gestiegenen Risikos nicht mehr dem wahren wirtschaftlichen Wert der Forderung. Das Strafbarkeitsrisiko besteht nun in der Bewertung der Forderung und dem anschließenden Verkauf. Hat der Bankmitarbeiter den Wert der Forderung falsch angesetzt oder in Ermangelung von Alternativen die Forderung unterhalb des errechneten Wertes verkauft, so kann sein Verhalten den Tatbestand der Untreue erfüllen. Denn saldiert man den höheren berechtigten Wert der Forderung mit dem geringeren Verkaufspreis, so ergibt sich ein Vermögensverlust für die Bank, welcher kausal auf das Verhalten des Bankmitarbeiters zurückzuführen ist. Problematisch in diesem Zusammenhang ist die gängige Praxis der Banken, bei der Forderungsbewertung nicht alle Sicherheiten zu berücksichtigen. So werden Bürgschaften immer mit einem Wert von Null angesetzt, da der Wert einer Bürgschaft meist nicht oder nur unter erheblichem Aufwand zu ermitteln ist. Aufgrund fehlender Urteile und fehlender rechtswissenschaftlicher Literatur besteht hier eine erhebliche

Rechtsunsicherheit für Bankmitarbeiter.

II. Bankenwesen in Deutschland

Das deutsche Bankenwesen ist durch ein Universalbankensystem geprägt.²⁷⁹ Eine Universalbank zeichnet sich dadurch aus, dass sämtliche Bankgeschäfte von jeder Bank angeboten werden dürfen. Neben dem Universalbankensystem gibt es, vor allem im anglo- amerikanischen Raum, ein zweigeteiltes System, welches zwischen „investment banks“ und „commercial banks“ unterscheidet. In diesem Trennbanksystem dürfen die Banken jeweils nur spezielle Geschäfte tätigen. Vor allem im angloamerikanischen Raum gab es bis zur Finanzkrise die klare Unterscheidung zwischen commercial und investment banks.²⁸⁰ Aufgrund der Finanzkrise wurde der wirtschaftliche Druck sich den Regeln für commercial banks zu unterwerfen für die Investmentbanken zunehmend größer. Inzwischen haben alle ehemals großen Investmentbanken ihren Status als investment bank aufgegeben und agieren nun als commercial banks, wobei der Schwerpunkt der Tätigkeit weiterhin im Investmentgeschäft liegt. Neben den Universalbanken gibt es auch in Deutschland Spezialbanken, welche nur einzelne Bankleistungen erbringen oder besondere Aufgaben haben. Hierzu zählen insbesondere öffentlich-rechtliche Banken mit besonderen Aufgaben, wie beispielsweise die KfW, welche vor allem Existenzgründer und den Mittelstand fördern soll, sowie weitere Spezialbanken und reine Investmentbanken.²⁸¹

Der deutsche Bankensektor ist zusätzlich durch eine Aufteilung in drei unterschiedliche Bankengruppen geprägt. Für jede dieser „drei Säulen des deutschen Bankwesens“ gelten eigene Gesetze und Regelungen. Unterschieden wird zwischen den Kreditbanken, den Sparkassen und den Kreditgenossenschaften.²⁸²

1. Kreditbanken

Die Kreditbanken oder auch Privatbanken stellen – inzwischen – die wichtigste Gruppe innerhalb des deutschen Bankensektors dar.²⁸³ Allen voran gehören hierzu die Großbanken, wie beispielsweise die Deutsche Bank oder die Commerzbank. Die deutschen Großbanken sind in Form der

Aktiengesellschaft organisiert und bieten umfassende Bankdienstleistungen auf nationaler und internationaler Ebene an. Sie haben ein bundesweites Filialnetz so- wie ausländische Zweigstellen in allen wichtigen Ländern, um ihre Großkunden weltweit betreuen zu können. Neben dem Privatkundengeschäft spielt das Investmentbanking – unabhängig von dem krisenbedingten aktuellen Einbruch – sowie das Private Wealth Management eine zunehmend wichtige Rolle für die Großbanken. Daneben gab und gibt es Bestrebungen, einzelne Großbanken zu einem Allfinanzkonzern auszubauen.²⁸⁴ Das Ziel dieses Allfinanz-Konzepts ist es, sämtliche Finanzdienstleistungen von Versicherungen über Bausparverträge bis zu Konto- und Depotführung aus einer Hand anbieten zu können.²⁸⁵ Neben den Großbanken gehören auch Regionalbanken zu der Gruppe der Kreditbanken. Diese beschränken sich auf einen regionalen oder sogar lokalen Einzugsbereich und machen ihr Geschäft hauptsächlich mit Privatkunden. Diese Banken werden zumeist in Form einer Kapitalgesellschaft betrieben.²⁸⁶ Letztlich gehören auch die Privatbankiers zu der Gruppe der Kreditbanken. Diese Banken betreiben ihre Geschäfte in der Rechtsform der Personengesellschaft oder sogar als Einzelkaufmann. Die Gesellschafter haften folglich immer auch persönlich mit ihrem eigenen Vermögen. Traditionell liegt der Tätigkeitsschwerpunkt der Privatbankiers im Bereich der Verwaltung privater Vermögen.²⁸⁷ Zunehmend betätigen sich Privatbankiers jedoch auch im Investmentbanking, wie beispielsweise das Bankhaus Sal. Oppenheim. Schlussendlich werden zu den Kreditbanken auch die Zweigstellen ausländischer Banken gerechnet.

Gemeinsam haben die Kreditbanken die privatrechtliche Organisationsform sowie die erwerbswirtschaftliche Ausrichtung. Zur Sicherung der Einlagen unterhalten die Kreditbanken zusätzlich zu dem gesetzlich erforderlichen Sicherungsfond²⁸⁸ einen weiteren freiwilligen Einlagensicherungsfond, welcher bei Insolvenz einer Bank die Anleger entschädigt.²⁸⁹ Im Zusammenhang mit Kreditgeschäften haben die Banken vor allem das Kreditwesengesetz (KWG) zu beachten.²⁹⁰ Das Kreditwesengesetz gilt, im Gegensatz zu anderen bankrechtlichen Regelungen in Deutschland, für alle Banken und enthält die wichtigsten Regelungen im Bankbereich, weswegen es auch als „Grundgesetz für Kreditinstitute“ bezeichnet wird.²⁹¹ Es hat seinen Ursprung in der

internationalen Bankenkrise von 1931, welche durch den Zusammenbruch einiger Banken ausgelöst wurde, und sollte das Bankwesen besser regulieren, um zukünftige Krisen zu verhindern.²⁹² Die aktuelle Finanzkrise zeigt, dass das KWG nichts an seiner Notwendigkeit eingebüßt hat, vielmehr wird zurzeit sogar wieder eine intensivere Kontrolle der Finanzmärkte angestrebt.

2. Genossenschaftsbanken

Das Ziel der Genossenschaftsbanken ist es, den Erwerb und die Wirtschaft ihrer Mitglieder durch Einrichtung eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes zu fördern.²⁹³ Dies wird durch die Gewährung von Krediten und die Abwicklung sonstiger Bankgeschäfte gewährleistet.²⁹⁴ Die Genossenschaftsbanken haben sich Mitte des 19. Jahrhunderts aus der Idee entwickelt, eine Selbsthilfeeinrichtung für den gewerblichen und landwirtschaftlichen Mittelstand zu schaffen.²⁹⁵ Bis Mitte der 70er-Jahre war es ihnen aufgrund ihres Förderungszweckes auch verboten, Kreditgeschäfte mit Nichtmitgliedern zu tätigen. Dies änderte sich erst mit der Novellierung des Genossenschaftsgesetzes.²⁹⁶ Der Genossenschaftssektor ist dreistufig organisiert. An der Spitze der Organisation steht die DZ Bank (Deutsche Zentralgenossenschaftsbank), auf der Sekundärebene gibt es die regionalen genossenschaftlichen Zentralbanken. Auf örtlicher Ebene gibt es dann die, heute zumeist als Volks- oder Raiffeisenbank firmierenden, Kreditgenossenschaften.²⁹⁷ Die zentralen Genossenschaften haben die Aufgabe, die örtlichen und regionalen Banken bei der Vergabe von Großkrediten zu unterstützen und dienen als Liquiditätssammelstelle.²⁹⁸

Für die genossenschaftlich organisierten Banken gilt neben dem KWG vor allem das Genossenschaftsgesetz (GenG). Dieses regelt den Geschäftszweck der Banken und enthält weitere Vorschriften für den Betrieb einer Genossenschaft, wie beispielsweise den Mindestinhalt der jeweiligen Satzung (§ 6 GenG). Zusätzlich werden im GenG auch die unterschiedlichen Haftungsmöglichkeiten der Genossenschaften geregelt.²⁹⁹

3. Sparkassen

Die dritte Säule des deutschen Bankensektors bilden die Sparkassen. Der Sparkassensektor ist, ähnlich wie der Genossenschaftssektor, mehrstufig aufgebaut. Auf örtlicher Ebene gibt es die Sparkassen, auf der zweiten Stufe gibt es die Landesbanken und Girozentralen. Das überregionale Gemeinschaftsinstitut aller Sparkassen ist die DekaBank.³⁰⁰ Die meisten Banken des Sparkassensektors sind juristische Personen öffentlichen Rechts, die von Städten, Gemeinden, Kreisen oder Zweckverbänden getragen werden.³⁰¹ Sie sind gemeinnützige Kreditinstitute mit einem öffentlichen Auftrag.³⁰² Zu ihren Aufgaben gehören die Förderung des Spargedankens innerhalb der Bevölkerung sowie die Versorgung unterer Einkommensschichten und des Mittelstands mit Krediten. Zugleich dienen sie ihrem Träger als Kreditversorger, und es kommt ihnen eine Unterstützungsfunktion für den Wettbewerb mit den privaten Banken zu.³⁰³

Für die Sparkassen gelten eine ganze Reihe von Sondervorschriften und Gesetzen. Zunächst können öffentlich-rechtliche Kreditinstitute nur durch oder aufgrund eines Gesetzes errichtet werden.³⁰⁴ Die Sparkassen haben zudem die Sparkassengesetze der Länder zu beachten sowie die aufgrund dieser erlassenen Verordnungen und Verwaltungsakte.³⁰⁵ Für Sparkassen gelten mithin die meisten Sonderregelungen im deutschen Bankwesen, was im Wesentlichen auf ihre öffentlich-rechtliche Struktur und ihren öffentlichen Auftrag zurückzuführen ist.

4. Beschränkung der Untersuchung auf die privaten Kreditbanken

Das Bankwesen in Deutschland ist durch Universalbanken und das „Drei-Säulen-System“ geprägt. Die strikte Trennung zwischen privaten Kreditbanken, genossenschaftlichen und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten führt zu einer Vielzahl von gesetzlichen Regelungen im Bankbereich. Diese werden noch ergänzt durch europarechtliche Verordnungen und umzusetzende EG-Richtlinien. Ziel dieser Untersuchung ist es nicht, die rechtlichen Rahmenbedingungen im deutschen Bankwesen zu untersuchen, vielmehr steht eine wirtschaftsstrafrechtliche Fragestellung im Vordergrund. Im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht die Untreue im Zusammenhang mit Kreditvergaben. Um den Fokus auf die strafrechtliche Komponente der

Untersuchung nicht zu verlieren, ist eine Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes erforderlich. Hier wird die Untersuchung auf Universalbanken in Form der privaten Kreditbanken beschränkt. Damit einhergeht die Fokussierung auf das Kreditwesengesetz, welches für private Kreditbanken das wichtigste Gesetz darstellt.³⁰⁶

III. Taugliche Täter und Tatbestandsalternative

Nachdem sich den Fallkonstellationen der Bankenuntreue gewidmet und das Bankenwesen in Deutschland knapp erläutert wurde, soll nun untersucht werden, wer Täter einer Bankenuntreue sein kann und welche Tatbestandsalternative des § 266 StGB in Betracht kommt. Die Untreue kann in Form der Treubruchs- und der Missbrauchsuntreue begangen werden. Welcher Tatbestand einschlägig ist, hängt von den Befugnissen des Täters sowie der Tathandlung ab. Hier soll zunächst ein Überblick über die möglichen Täter einer Bankenuntreue gegeben werden, bevor die Unterschiede zwischen den beiden Tatbeständen des § 266 StGB in den Blick genommen werden.

1. Taugliche Täter der Bankenuntreue

Täter einer Untreue durch Kreditvergabe können nur solche Mitarbeiter der Bank sein, welche auch Kredite vergeben können. Hierdurch scheiden bereits Mitarbeiter aus, welche aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen faktisch nicht die Möglichkeit haben, einen Kredit zu vergeben. Täter des Sonderdelikts der Untreue kann zudem nur der Inhaber einer Vermögensbetreuungspflicht sein. Der Täter einer Bankenuntreue muss folglich dem Kreditinstitut gegenüber vermögensbetreuungspflichtig sein.³⁰⁷ Nach herrschender Ansicht liegt eine Vermögensbetreuungspflicht immer dann vor, wenn der Handelnde in nicht ganz unbedeutenden Angelegenheiten eine durch Eigenverantwortlichkeit und Selbstständigkeit geprägte Geschäftsbesorgung vornimmt.³⁰⁸ Erforderlich ist, dass dem Täter ein gewisser Spielraum bei seinen Entscheidungen eingeräumt wird.³⁰⁹ Für Kreditinstitute ergibt sich somit ein großer Kreis möglicher Täter.³¹⁰ Bei Kreditinstituten gilt dies in jedem Fall für die Leiter des Institutes, also den Vorstand oder Geschäftsführer des jeweiligen Instituts.

Diese sind aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Regelungen (im Fall von privatrechtlich organisierten Kreditinstituten) und aufgrund ihrer Anstellungsverträge verpflichtet, die Geschäfte des Kreditinstitutes in eigener Verantwortung zu führen.³¹¹ Auch Mitarbeiter, denen Prokura erteilt wurde – relevant ist vor allem die Filialprokura –, sind ihrem Institut gegenüber vermögensbetreuungspflichtig und somit taugliche Täter einer Bankenuntreue.³¹² Ausreichend ist auch die Vertretungsbefugnis in Form der Handlungsvollmacht nach § 54 HGB, welche typischerweise Kreditsachbearbeitern übertragen wird, die bis zu einem gewissen Betrag eigenständige Kreditentscheidungen treffen dürfen.³¹³ Neben den in Kundenkontakt stehenden Mitarbeitern einer Bank kommen auch Bankmitarbeiter als Täter einer Bankenuntreue in Betracht, die nicht nach außen hin rechtsgeschäftlich tätig werden. So etwa die Aufsichtsräte einer als Aktiengesellschaft organisierten Bank.³¹⁴ Daneben haben auch Mitarbeiter der Innenrevision aufgrund ihrer Kontroll- und Überwachungspflichten eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber ihrem Kreditinstitut und sind somit taugliche Täter des Sonderdeliktes der Untreue.³¹⁵

2. Unterschiede zwischen den Tatbestandsvarianten

Das Verhältnis zwischen Missbrauchs- und Treubruchsuntreue ist nach wie vor umstritten.³¹⁶ Einige Autoren sind der Auffassung, § 266 StGB umfasse zwei Tatbestände, welche unterschiedliche Voraussetzungen haben.³¹⁷ Diese dualistische Theorie war früher herrschend und wird inzwischen in modifizierter Form nur noch vereinzelt vertreten.³¹⁸ Die heute herrschende Ansicht geht von einer monoistischen Struktur des Tatbestandes aus.³¹⁹ Demnach ist die Missbrauchsvariante nur ein Unterfall der Treubruchsvariante, welche zusätzlich zu den Merkmalen des Treubruchs noch den Missbrauch einer rechtlichen Befugnis erfordert. Konkret ist ein im Innenverhältnis verbotenes, aber nach außen rechtswirksames Handeln des Täters gefordert. Der Missbrauchstatbestand wird von dieser Ansicht als *Lex specialis* des Treubruchstatbestandes angesehen. Für die herrschende Ansicht spricht vor allem der Wortlaut der Norm, da sich der Relativsatz „(dem,) dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ auf beide Tatbestandsvarianten bezieht.³²⁰ Zudem ist der

bloße Missbrauch einer rechtlichen Befugnis auch nicht hinreichend strafbedürftig, wenn nicht noch eine Vermögensbetreuungspflicht hinzukommt.³²¹ Folglich kann sich der Ansicht angeschlossen werden, welche von einer monoistischen Tatbestandsstruktur ausgeht.³²² Dies hat zur Konsequenz, dass der Missbrauchstatbestand ein im Grunde überflüssiger Spezialtatbestand ist, da jede unter den Missbrauchstatbestand fallende Konstellation zugleich auch den Treubruchstatbestand erfüllt.

Ob eine Bankenuntreue den Missbrauchs- oder den Treubruchstatbestand erfüllt, hängt im Wesentlichen von der Täterhandlung und den Befugnissen des Täters ab. Ist der Kreditvertrag aufgrund kollusiven Zusammenwirkens zwischen Kreditnehmer und Bankangestelltem nach § 138 BGB unwirksam, ist der Treubruchstatbestand einschlägig. So ein Fall liegt vor, wenn etwa der Bankmitarbeiter in die Pläne der missbräuchlichen Kreditverwendung eingeweiht ist. Dies gilt auch für alle anderen Fälle zivilrechtlich nichtiger Kreditverträge. Zudem ist der Treubruchstatbestand einschlägig, wenn ein vermögensbetreuungspflichtiger Mitarbeiter, der nicht zur Vergabe von Krediten ermächtigt ist, einen Kredit vergibt. In einem solchen Fall fehlt es an der für den Missbrauchstatbestand nötigen Verpflichtungsbefugnis. In den meisten Fällen wird eine Bankenuntreue jedoch dem Missbrauchstatbestand zuzuordnen sein, da Kredite regelmäßig von denjenigen Mitarbeitern einer Bank vergeben werden, welche zur Vergabe von Krediten ermächtigt sind.³²³ In einem solchen Fall ist das Kreditgeschäft nicht zivilrechtlich unwirksam, vielmehr verstößt die Kreditvergabe gegen interne Pflichten oder solche Normen, welche die Wirksamkeit des Geschäftes nicht beeinflussen. Immer wenn die Pflichtverletzung zu einer rechtlichen Bindung des Vermögensinhabers führt, ist auch der Missbrauchstatbestand erfüllt.³²⁴ Welcher Tatbestand einschlägig ist, hängt somit von der Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Kreditgeschäftes ab. Ob das Täterverhalten strafbar ist oder nicht, wird von der Wirksamkeit des Kreditgeschäftes jedoch nicht beeinflusst. Im Ergebnis wirkt sich die Frage, ob der Missbrauchstatbestand als *Lex specialis* oder nur der Treubruchstatbestand erfüllt ist, somit nicht aus.³²⁵ Im Fortgang der Untersuchung wird die Frage nach der Missbrauchs- oder Treubruchsuntreue offen gelassen und

sich auf die Untersuchung der Treubruchsvariante beschränkt.

IV. Bankenuntreue als Prototyp des „Risikogeschäfts“

Sowohl die Rechtsprechung als auch eine überwältigende Mehrheit der Literatur rechnet Kreditvergaben den Risikogeschäften zu.³²⁶ Allein dies erfordert es, sich mit dem Terminus Risikogeschäft näher zu beschäftigen. Zudem wird das Risikogeschäft als ein zentrales Problem der Untreuedogmatik angesehen und seit Jahrzehnten in Literatur und Rechtsprechung diskutiert.³²⁷ Dabei ist der Diskurs um den Terminus „Risikogeschäft“ sehr vielschichtig und dreht sich um Rechtsprobleme unterschiedlichster Art.³²⁸ So ist über die Jahre eine Flut von Beiträgen entstanden, welche vorgeben, sich mit der Problematik des Risikogeschäftes zu beschäftigen,³²⁹ ohne dass die Frage, was unter einem Risikogeschäft zu verstehen ist, bislang geklärt werden konnte.

Der Terminus „Risikogeschäft“ ist weder ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal noch kommt er in einem Gesetzestext vor. Vielmehr handelt es sich um einen rein deskriptiven Begriff.³³⁰ Wie der Begriff Risikogeschäft zu definieren ist, wird von Literatur und Rechtsprechung seit Jahrzehnten diskutiert.³³¹ Aus dieser Diskussion hat sich eine bunte Palette an Definitionsansätzen herausgebildet, jedoch konnte bislang keine der Definitionen vollumfänglich überzeugen. Die vorhergehende Frage, welcher Erkenntnisgewinn mit einer Definition des Risikogeschäftes verbunden ist, wurde im Rahmen der Diskussion häufig vernachlässigt. Im Folgenden soll zunächst der Frage nach dem Zweck einer Definition nachgegangen werden.

Erforderlich wäre eine Definition, wenn von ihr die Frage der Strafbarkeit abhinge. Würde dann ein Geschäft unter den Terminus „Risikogeschäft“ subsumiert, wäre sogleich klar, ob dieses, vorbehaltlich der subjektiven Seite, den Tatbestand erfüllt oder nicht. Gerade zu Beginn der Auseinandersetzung mit dem Risikogeschäft wurden Definitionsansätze vertreten, welche nur strafbare oder nur straflose Geschäfte unter den Terminus Risikogeschäft zusammenfassen wollten.³³² Inzwischen herrscht in Schrifttum und Rechtsprechung jedoch Einigkeit darüber, dass mit der Einordnung eines Geschäftes als Risikogeschäft noch nichts über die

Strafbarkeit desselben ausgesagt ist.³³³ Diese Entwicklung beruht vor allem auf der Einsicht, dass riskante Geschäfte im Wirtschaftsleben üblich und notwendig sind. Mit Risiken behaftete Geschäfte sind in einer freien Wirtschaft nicht nur grundsätzlich erlaubt, sie sind sogar für das Funktionieren in höchstem Maße erforderlich. Würde man unter dem Terminus „Risikogeschäft“ ausschließlich strafbare Geschäfte zusammenfassen, würde dies ein falsches Signal setzen und das Wirtschaftsleben paralisieren. Welcher Erkenntnisgewinn aus einer Definition zu ziehen ist, welche sowohl strafbare als auch straflose Geschäfte unter dem Terminus Risikogeschäft zusammenfasst, ist ungleich schwieriger zu begründen. *Waßmer* ist der Auffassung, eine Definition sei im Hinblick auf die Rechtssicherheit notwendig, da andernfalls Entscheidungsträger in der Wirtschaft nicht wüssten, bei welchen Geschäften ein erhöhtes Maß an Vorsicht geboten sei.³³⁴ Dieser Ansicht ist zugutezuhalten, dass es für Mitarbeiter im Management von Vorteil ist, wenn sie wissen, welche Geschäfte besonders häufig durch Strafgerichte überprüft werden. Dennoch ist die Ansicht abzulehnen: Einerseits führt *Waßmers* Definition zu keinerlei Eingrenzung, wenn er Risikogeschäft als „eine geschäftliche Disposition, bei der ungewiss ist, ob Konsequenz eine Vermögensschädigung ist“, beschreibt. Denn unter diese Definition lässt sich nahezu jeder wirtschaftliche Vorgang subsumieren, da es ein risikofreies Geschäft in einer Marktwirtschaft praktisch nicht gibt. So besteht selbst bei einem Einkauf im Supermarkt ein gewisses Risiko.³³⁵ Aufgrund der Weite der Definition kann nahezu jede geschäftliche Disposition als Risikogeschäft eingestuft werden, sodass *Waßmers* Ziel, Entscheidungsträgern eine bessere Erkennbarkeit strafrechtsrelevanter Geschäfte zu ermöglichen, mit seiner eigenen Definition nicht erreicht werden kann. Zum anderen begründet *Waßmer* die Notwendigkeit einer Definition allein anhand von praktischen Erwägungen. Aus streng strafrechtsdogmatischer Sicht sieht auch *Waßmer* keinen Bedarf für eine Definition. Auch wenn für Risikogeschäfte besondere Privilegierungen oder sonstige Spezialregelungen gelten würden, wäre eine Definition notwendig. Die umfangreiche wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Thematik suggeriert, dass für Risikogeschäfte besondere Regeln gelten und teilweise wurde auch schon gefordert, dass Risikogeschäfte besonderen Regeln zu unterwerfen seien.³³⁶ Tatsächlich ist mit der

Thematik des Risikogeschäftes aber nur eine Vielzahl von Problemen verbunden, welche den einzelnen Tatbestandsmerkmalen zugeordnet werden müssen. Die Lösung der mit Risikogeschäften verbundenen Probleme bereits durch entsprechende Ausgestaltung der Definition vorwegzunehmen, ist als vorschnell abzulehnen. Zugleich widerspricht eine solche außertatbestandliche oder übersystematische Lösung der Strafrechts- dogmatik.³³⁷ Die für strafrechtliche Probleme gefundenen Lösungen müssen an Tatbestandsmerkmale anknüpfen und allgemeingültig sein. Für eine strafrechtliche Definition des Risikogeschäftes besteht dann aber keine Notwendigkeit.

Die Einsicht, dass eine klare Definition des Risikogeschäftes für die Lösung des eigentlichen Problems – der Abgrenzung des noch erlaubten Risikos im Geschäftsverkehr vom schon verbotenen – nicht notwendig ist, scheint sich auch in Literatur und Rechtsprechung mehr und mehr durchzusetzen.³³⁸ Vor allem die Erkenntnis, dass eine Definition des Risikogeschäftes nichts über die Strafbarkeit gewagter Geschäfte aussagt, dürfte dazu geführt haben, dass sich wieder mehr den Tatbestandsmerkmalen gewidmet wird. So wird weiterhin vom Risikogeschäft gesprochen, um eine Definition wird sich aber nicht mehr bemüht,³³⁹ oder sie wird für entbehrlich erachtet.³⁴⁰ Mithin muss die Suche nach einer Definition des Risikogeschäftes als irrelevant für die Lösung des Problems erachtet werden, sodass auch hier nicht weiter nach der richtigen Definition gesucht wird. Dennoch hat die intensive Beschäftigung mit der Suche nach einer Definition zumindest dazu geführt, dass die Frage, wie wirtschaftliche Entscheidungen im Kontext der Untreue zu beurteilen sind, breiten Einzug in die wissenschaftliche Literatur gefunden hat und die Wissenschaft sich intensiv um eine Lösung der Problematik bemüht.³⁴¹ Es ist zumindest fraglich, ob die Untersuchung wirtschaftlich riskanter Geschäfte aus strafrechtlicher Sicht ähnlich intensiv erfolgt wäre, wenn nicht zuvor nach einer Definition des Risikogeschäfts gesucht worden wäre.

Mit der Auseinandersetzung um die Definition von Risikogeschäften ging die Frage einher, auf welcher Ebene des Tatbestandes die Abgrenzung des noch erlaubten Risikogeschäftes von dem schon verbotenen Risikogeschäft zu erfolgen hat.³⁴² Häufig kam es zu einer Vermengung der beiden Fragestellungen; die Definition des Risikogeschäfts wurde mit der

Einordnung der Problematik in den Tatbestand verwechselt und umgekehrt. Auch wenn die intensive Auseinandersetzung mit den Tatbestandsmerkmalen der Untreue erst im nächsten Abschnitt erfolgt, sei hier ein kurzer Vorgriff erlaubt, um die Problematik der Einordnung des Problems Risikogeschäft in den Tatbestand zu skizzieren. Während lange Zeit Lösungen auf Ebene der Rechtswidrigkeit, der Schuld und des Vorsatzes diskutiert wurden, besteht heute Einigkeit darüber, dass der Problemkreis dem objektiven Tatbestand zuzurechnen ist.³⁴³ Dabei wird überwiegend vertreten, dass die Abgrenzung des erlaubten vom verbotenen Risikos bei dem Merkmal der Pflichtverletzung beziehungsweise des Missbrauchs zu erfolgen hat.³⁴⁴ Für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit wird vor allem auf das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer abgestellt. Verstößt der Treupflichtige gegen die ihm gemachten Vorgaben und geht ein riskanteres Geschäft ein, als ihm vom Treugeber gestattet, begeht er eine Pflichtverletzung.³⁴⁵ Richtig ist, dass mit Sicherheit der Schwerpunkt der Prüfung, ob ein Risikogeschäft strafbar ist oder nicht, auf das Merkmal der Pflichtverletzung entfällt. Verfehlt ist es aber, alleine anhand der Pflichtverletzung über die Strafbarkeit zu entscheiden. Fragwürdig ist hier vor allem die von *Hillenkamp* und anderen Autoren vertretene Auffassung, dass bereits das Überschreiten der vereinbarten Risikopolitik zu einem Schaden führt.³⁴⁶ Unter Risikopolitik werden die Vorgaben des Treugebers an den Treunehmer in Bezug auf die einzugehenden Risiken verstanden. Dies führt, wie *Hillenkamp* auch zugibt, zu einem weitgehenden Schutz der Dispositionsfreiheit, welche nicht Schutzgut der Untreue ist.³⁴⁷ Weitergehend wird im Zusammenhang mit dem Nachteilsbegriff eine Ansicht vertreten, welche unter bestimmten Voraussetzungen einen Risikoschaden annehmen möchte und so einen Teil der Problematik erst in dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils verortet.³⁴⁸ Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich die mit riskanten Geschäften verbundenen Probleme auf den gesamten Tatbestand auswirken und sich weder durch eine Definition umgehen lassen noch an einem einzelnen Tatbestandsmerkmal aufgehängt werden können. Erforderlich ist vielmehr, dass das riskante Geschäft den Tatbestand der Untreue erfüllt. Insoweit bestehen bei der Prüfung eines Risikogeschäftes keine Unterschiede zu der Prüfung jeden anderen Geschäftes, wie auch

immer man Risikogeschäft definieren möchte.³⁴⁹

B. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB

Das folgende Kapitel widmet sich den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 266 StGB. Im ersten Teil der Arbeit konnte bereits dargelegt werden, dass nur eine begrenzte Notwendigkeit für die Strafbarkeit von riskanten Geschäften besteht. Gerade im Bereich von Kreditvergaben ist die Notwendigkeit von strafrechtlichen Sanktionen besonders fragwürdig und nur in Ausnahmefällen gegeben. Für rechtsstaatlich unbedenkliche Ergebnisse ist es notwendig, diese Erkenntnisse bei der Auslegung des Untreuetatbestandes zu berücksichtigen und die Tatbestandsmerkmale entsprechend restriktiv auszulegen.

I. Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung stellt neben dem Vermögensnachteil das zentrale Tatbestandsmerkmal der Untreue dar. Der Untreuetäter muss durch sein Verhalten die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzen.³⁵⁰ Die Vermögensbetreuungspflicht macht den Sonderdeliktscharakter der Untreue aus. Fehlt es an ihr, fehlt es an der für das Delikt der Untreue notwendigen Sonderstellung des Täters.³⁵¹ Gerade die Vermögensbetreuungspflicht muss durch den Täter verletzt werden. Das Gesetz fordert eine „Verletzung der Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“. Eine solche Pflichtverletzung liegt nach einer weit verbreiteten Formel vor, wenn das Verhalten des Täters im Außenverhältnis nicht mehr von seinem rechtlichen Dürfen im Innenverhältnis gedeckt ist.³⁵² Verstößt der Täter etwa gegen gesetzliche oder vertragliche Pflichten, so liegt eine untreuerelevante Pflichtverletzung vor.³⁵³ Fehlt es an gesetzlichen oder ausdrücklichen vertraglichen Pflichten, ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt das maßgebliche Kriterium für die Frage, ob eine Pflichtverletzung vorliegt. Dabei hängt der Sorgfaltsmaßstab maßgeblich von der Täterposition und dem jeweiligen Aufgabenkreis ab.³⁵⁴ Eine Pflichtverletzung liegt aber auch dann vor, wenn der Täter gegen seine im Innenverhältnis vereinbarten

Pflichten gegenüber seinem Treuherrn verstößt. Erforderlich ist ein Verhalten, welches innerhalb des durch die Vermögensbetreuungspflicht begründeten Aufgabenkreises liegt. Es reicht also nicht jede beliebige Pflichtverletzung des Trenehmers aus.³⁵⁵ Kein untreuerelevantes Verhalten stellt beispielsweise die Zerstörung eines Stuhls durch den vermögensbetreuungspflichtigen und in Rage geratenen Schulleiter dar, da die Vermögensschädigung gerade durch Ausnutzung der besonderen Zugriffsmöglichkeiten des Täters erfolgen muss.³⁵⁶

1. Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses zwischen Vermögensinhaber und Treupflichtigem

Im Zusammenhang mit riskanten Geschäften war lange Zeit umstritten, welcher Maßstab entscheidend ist für die Frage, ob ein Geschäft strafloses oder strafbares Risikogeschäft ist. Es wurde bereits herausgearbeitet, dass die Problematik riskanter Geschäfte auf der Ebene des Tatbestandes zu lösen ist.³⁵⁷ Die Einordnung der Problematik in die Ebene des objektiven Tatbestandes ging jedoch nicht mit der Lösung derselbigen einher. Vielmehr wurde weiterhin darüber gestritten, welches Risiko erlaubt ist und welches nicht. Lange Zeit wurde nach einem allgemeinen Maßstab zur Abgrenzung des erlaubten vom verbotenen Risikos gesucht.³⁵⁸ Soweit ein Verhalten dem eines ordentlichen Kaufmannes gleicht, es sozialadäquat oder verkehrsüblich ist, wurde es als nicht pflichtwidrig und mithin tatbestandslos angesehen.³⁵⁹ Klug unternahm noch den Versuch, eine weitere Stufe in der Beurteilung einzuführen.³⁶⁰ So wollte er zwischen sozialadäquatem und sozialkongruentem Risiko unterscheiden. Bei sozialkongruentem Risiko handele der Täter tatbestandslos, während sozialadäquates Risiko nur rechtfertigend wirke.³⁶¹

Die Problematik all dieser Lösungen liegt auf der Hand: Eine Konkretisierung dessen, was noch erlaubtes Risiko ist, findet praktisch nicht statt. Vielmehr wird die Frage nach dem erlaubten Risiko nur durch die Frage nach dem verkehrsüblichen oder sozialkongruenten Risiko ersetzt. Was aber als verkehrsüblich oder sozialkongruent anzusehen ist, wird von den Vertretern dieser Ansichten nicht beantwortet. Auch hat sich bislang noch kein Maßstab für verkehrsübliches oder sozialkongruentes Verhalten im Bereich der Risikogeschäfte gebildet.³⁶² Damit ist man der

Lösung des Problems jedoch kein Stück näher als zuvor, fehlt es doch an einer Antwort auf die Frage, was verkehrsmäßig oder sozialkongruent ist. Auch die Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes, auf welche sich häufig berufen wird, ist nicht hinreichend konkretisiert worden, um Rechtssicherheit im Bereich der Kreditvergaben zu schaffen.³⁶³ Ein allgemeingültiger Risikomaßstab führt mithin nicht zu dem Ziel, riskante Geschäfte handhabbarer zu machen. Den für Kreditvergaben verantwortlichen Mitarbeitern einer Bank ist hiermit nicht geholfen.

Zudem wirft ein allgemeiner Risikomaßstab eine weitere Frage auf: Wie ist mit dem Fall umzugehen, in welchem der Treugeber gerade ein besonders riskantes Vorgehen wünscht oder selbst mit kleinsten Risiken behaftete Geschäfte vermeiden möchte? Wird auf einen allgemeinen Risikomaßstab abgestellt, ist dem Vermögensinhaber eine individuelle Risikopolitik versagt. Diese Fragen weisen bereits den Weg zur richtigen Lösung des Problems: Das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer muss der erste Ansatzpunkt für die Suche nach einer Lösung sein. Wie *Hillenkamp* herausgearbeitet hat, kommt es für die Frage nach dem erlaubten Risiko primär auf die Vorstellungen des Vermögensinhabers an.³⁶⁴ Nur so wird der vom Vermögensinhaber gewünschten Risikopolitik Rechnung getragen. Die Richtigkeit dieses Ansatzes soll an einem Beispiel verdeutlicht werden:

Der Vermögensinhaber vertraut dem Aktienmarkt nicht und verlangt von seinem Vermögensverwalter, sein Geld ausschließlich in Bundeswertpapiere und Immobilien zu investieren.

Hier dürfte der Vermögensverwalter das Geld ungestraft in Aktien anlegen, da es für einen Vermögensverwalter üblich ist, das anvertraute Geld auch in Aktien zu investieren. Der entgegenstehende Wille des Vermögensinhabers wäre unbeachtlich, da es im objektiven Tatbestand allein auf die Maßfigur des ordentlichen Vermögensverwalters ankäme. Stellt man, wie von *Hillenkamp* gefordert, auf das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer ab, kommt man zu einem völlig anderen Ergebnis: Der Kauf von Aktien wäre pflichtwidrig, da er den Interessen des Vermögensinhabers zuwiderläuft.

Hillenkamps Ansatz ist somit als einziger interessengerecht, da er die Risikopräferenz des Vermögensinhabers über jeden allgemeinen Maßstab

stellt und so die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers in den Mittelpunkt der Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenem Risiko stellt. Auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist dieser Ansicht der Vorzug zu geben, da nur so die Marktteilnehmer ihre Risikopolitik selbst bestimmen können.³⁶⁵ Ein allgemeingültiger Maßstab bevormundet die Marktteilnehmer und engt ihre Handlungsspielräume, zusätzlich zu den gesetzlichen Grenzen, weiter ein.³⁶⁶ Eine solche Interpretation des Untreuetatbestandes ist mit einer marktwirtschaftlich geprägten Gesellschaft nicht zu vereinbaren. Sowohl die Rechtsprechung³⁶⁷ als auch die Lehre³⁶⁸ sind dieser Ansicht inzwischen gefolgt. Allerdings kann auch bei einer Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses nicht vollständig auf die Maßstäbe des ordentlichen Kaufmannes verzichtet werden, denn soweit im Innenverhältnis keine Abrede getroffen wurde, muss weiterhin auf allgemeine Maßstäbe zurückgegriffen werden.³⁶⁹ Auch ist der Treugeber unter Umständen gesetzlichen Dispositionsschranken unterworfen, welche vorrangig zu beachten sind.³⁷⁰

Die Prüfung der Pflichtwidrigkeit sollte somit dreistufig aufgebaut werden: Zunächst ist nach gesetzlichen Grenzen der Dispositionsfreiheit zu fragen, in einem zweiten Schritt ist auf das konkretisierte Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer abzustellen, bevor in einem letzten Schritt untersucht werden muss, welches Verhalten bei fehlender Konkretisierung des Innenverhältnisses noch erlaubt ist.

2. Gesetzliche Beschränkungen des Innenverhältnisses

Das Innenverhältnis ist für die Frage, welches Risiko erlaubt ist, nur maßgeblich soweit der Vermögensinhaber dispositionsbefugt ist.³⁷¹ Soweit die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers durch Gesetze begrenzt ist, stellen diese Gesetze zugleich Schranken für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses dar.³⁷² Folglich liegt eine Pflichtwidrigkeit nicht nur dann vor, wenn gegen die konkreten Vorgaben des Vermögensinhabers verstoßen wird, sondern auch schon dann, wenn gegen Normen verstoßen wird, welche das Innenverhältnis beschränken.³⁷³ Zu untersuchen ist nun, welche Normen im Zusammenhang mit Kreditvergaben zu einer Beschränkung der Dispositionsbefugnis führen.

Im Bankbereich regeln das Kreditwesengesetz (KWG) sowie die

Spezialgesetze für Genossenschaftsbanken und Sparkassen Fragen zur Zulässigkeit von Kreditvergaben.³⁷⁴ Im Folgenden wird anhand der wichtigsten KWG-Normen exemplarisch untersucht, inwieweit diese zwingende Dispositionsschranken für die Vergabe von Krediten darstellen können und somit ein Verstoß gegen eine KWG-Norm zugleich auch eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit begründen kann.

a) Relevante Normen

Die zentrale Norm für Kreditvergaben ist § 18 KWG, welche Informations- und Prüfpflichten für die Vergabe von Krediten ab € 750.000 oder ab zehn Prozent des haftenden Eigenkapitals statuiert.³⁷⁵ Vor allem müssen sich die Kreditinstitute die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers anhand von Jahresabschlüssen offenlegen lassen.³⁷⁶ § 13 KWG legt Kreditobergrenzen fest, welche die Banken verpflichten, ab einem bestimmten Prozentsatz des haftenden Eigenkapitals vor weiteren Kreditvergaben an ein Unternehmen die Zustimmung der BaFin einzuholen.³⁷⁷ Außerdem regelt § 14 KWG eine Anzeigepflicht für Millionenkredite, demnach müssen Kreditinstitute Darlehen ab € 1,5 Mio. der Deutschen Bundesbank anzeigen. Neben diesen Normen ist § 25a KWG in Verbindung mit den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) von besonderer Bedeutung. In § 25a KWG werden Pflichten über die ordnungsgemäße Geschäftsführung statuiert. Diese Pflichten sind auch für die Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes relevant.³⁷⁸ In der seit dem 20.12.2005 geltenden MaRisk finden sich zusätzliche formelle und materielle Anforderungen an Kreditgeschäfte, welche die Regelung des § 25a Absatz 1 KWG weiter konkretisieren.³⁷⁹ Letztendlich können Verstöße gegen die Vorschriften des KWG nach § 56 KWG als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden.

b) KWG-Verstoß als untreuerelevante Pflichtwidrigkeit

Verstößt ein Bankmitarbeiter gegen eine Pflicht aus dem KWG, stellt sich die Frage, ob dies stets zugleich eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit ist. Bei Verstößen gegen materielle Grenzen, wie beispielsweise die Kredithöchstgrenze aus § 13 Absatz 1 KWG, nimmt der BGH stets eine untreuerelevante Pflichtverletzung an.³⁸⁰ Eine weitere zentrale Norm ist §

18 KWG, welcher Prüf- und Informationspflichten statuiert. Eine Verletzung von § 18 KWG wurde in früheren Entscheidungen häufig mit einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB gleichgesetzt.³⁸¹ In seiner Entscheidung vom 6. April 2000 ist der BGH von dieser Ansicht abgerückt und hat einem Verstoß gegen § 18 KWG nur noch eine Indizwirkung für eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB zugebilligt. Ein Verstoß gegen § 18 KWG führt demnach nicht zwingend zu einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB.³⁸² Vielmehr müsse der Bankmitarbeiter seiner Prüf- und Informationspflicht hinreichend nachkommen, diese sei allerdings nicht identisch mit einem Verstoß gegen § 18 KWG. Kurz darauf hat der BGH in seiner Entscheidung vom 15.11.2001 eine Pflichtverletzung nach § 266 StGB wieder sehr viel enger an § 18 KWG gekoppelt.³⁸³ Auch in der Literatur gehen die Meinungen über die Bedeutung eines KWG-Verstoßes für den Tatbestand des § 266 StGB auseinander.³⁸⁴ Teilweise wird jeder KWG-Verstoß auch als untreuerelevante Pflichtwidrigkeit gesehen,³⁸⁵ teilweise wird ein KWG-Verstoß als irrelevant erachtet,³⁸⁶ wieder andere machen die Relevanz eines KWG-Verstoßes von der jeweiligen Vorschrift abhängig.³⁸⁷ Zusätzlich werden KWG-Normen von einigen Autoren und dem BGH zur Konkretisierung der Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes herangezogen.³⁸⁸ Bei der Vielzahl der vertretenen Ansichten zu den unterschiedlichsten Aspekten verwundert es nicht, dass die Diskussionsbeiträge häufig aneinander vorbeigehen und bislang kein Konsens zu der Bedeutung der KWG-Normen gefunden wurde.

aa) Dogmatische Einordnung der Probleme

Bevor es um die Bedeutung eines KWG-Verstoßes geht, ist es angezeigt, die unterschiedlichen Problemkreise im Zusammenhang mit einem KWG-Verstoß zu identifizieren und in den Tatbestandsaufbau der Untreue einzuordnen. Erst durch ein Abschichten der miteinander verwobenen Fragestellungen kristallisieren sich die eigentlichen Probleme heraus. Sobald die verschiedenen Probleme identifiziert sind, können die wissenschaftlichen Diskussionsbeiträge sinnvoll zugeordnet werden. Im Anschluss werden die einzelnen Lösungsansätze untersucht.

(1) Identität des Schutzzwecks

Einige Autoren sind der Ansicht, dass der Schutzzweck des Tatbestandes der Untreue und der Schutzzweck der verletzen Norm identisch sein müssen. Andernfalls scheide eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit aus.³⁸⁹ Ob ein KWG-Verstoß untreuerelevant ist, hängt für sie folglich von der Schutzrichtung der jeweiligen KWG-Norm ab. An welcher Stelle im Tatbestand die Problematik der Schutzzweckidentität zu untersuchen ist, wird von den Autoren unterschiedlich beurteilt. *Günther*³⁹⁰ und *Waßmer*³⁹¹ möchten die Vermögensbetreuungs-pflicht von vornherein nur auf solche Pflichten beschränken, welche wie die Untreue dem Vermögensschutz dienen. *Martin*³⁹² und *Seier*³⁹³ sind der Ansicht, die Frage nach der Schutzzweckidentität stelle sich erst auf der Ebene der objektiven Zurechnung. *Schünemann*³⁹⁴ legt sich bezüglich der Einordnung nicht fest. Er hält sowohl einen Schutzzweckzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden für möglich, als auch eine Einordnung der Problematik bei dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens. Auch *Laskos*³⁹⁵ will sich nicht auf eine endgültige dogmatische Verortung des Problems einlassen und hält sowohl eine Einordnung im Rahmen der objektiven Zurechnung als auch bei der Pflichtwidrigkeit für möglich, auch wenn er die Lösung beim Merkmal der Pflichtwidrigkeit präferiert.

Zwar macht es für die Frage der Strafbarkeit keinen Unterschied, an welcher Stelle des Tatbestandes die Frage der Schutzzweckidentität eingeordnet wird, dennoch ist eine Klärung dieser Frage im Interesse der Rechtsklarheit notwendig. Zudem ist es für die Einordnung der Diskussionsbeiträge hilfreich, eine klare dogmatische Zuordnung vorzunehmen. Für eine Einordnung bei der Pflichtwidrigkeit sprechen vor allem pragmatische Gesichtspunkte. Werden etwa nicht vermögensschützende Pflichten von vornherein aus dem Pflichtenkreis des Trenehmers ausgeklammert, hat dies den praktischen Vorteil, dass nicht zunächst eine Pflichtverletzung festgestellt werden muss, welche auf der nächsten Tatbestandsebene wieder als irrelevant ausgeschieden wird. Auch spricht der Terminus Vermögensbetreuungspflicht dafür, nur vermögensschützende Pflichten als relevante Pflichten anzusehen, da die Bezeichnung der Pflicht bereits das Wort Vermögen enthält. Dies legt zumindest nahe, dass eine Pflichtverletzung immer die Verletzung einer vermögensschützenden Pflicht erfordert. Dem ist jedoch entgegenzuhalten,

dass der Gesetzeswortlaut selbst keine Vermögensbetreuungspflicht kennt, dieser Begriff vielmehr erst durch die Lehre entwickelt wurde. Aus dem Wortlaut Vermögensbetreuungspflicht lässt sich somit kein Argument für die dogmatische Einordnung der Problematik gewinnen. Auch die Verwandtschaft der Untreue zu den Fahrlässigkeitsdelikten legt einen Prüfungsaufbau ähnlich dem des Fahrlässigkeitsdeliktes nahe.³⁹⁶ Bei diesen reicht zunächst jede Pflichtverletzung aus, erst auf Ebene des Schutzzweckzusammenhangs, im Rahmen der objektiven Zurechnung, werden Pflichten ausgeschieden, welche nicht dem Schutz des entsprechenden Rechtsgutes dienen. Zudem würde die Einordnung des Schutzzweckzusammenhangs bereits auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit die Prüfung der objektiven Zurechnung unnötig auseinanderreißen. Um eine dogmatisch einheitliche Struktur der Prüfung der objektiven Zurechnung zu gewährleisten, ist der Schutzzweckzusammenhang folglich erst im Rahmen der objektiven Zurechnung zu untersuchen.³⁹⁷

Die Frage nach der Identität des Schutzzwecks zwischen der Untreue und der verletzten (Sorgfalts-)Norm wird in dieser Arbeit somit erst bei der Lehre von der objektiven Zurechnung beantwortet.³⁹⁸ Hiermit ist zugleich entschieden, dass es – zumindest für die Pflichtwidrigkeit – nicht erforderlich ist, dass der Schutzzweck der verletzten Norm mit dem der Untreue übereinstimmen muss.

(2) Relevanz formaler Pflichten

Auch die Relevanz von formalen Pflichtverstößen ist eine Problematik, deren dogmatische Einordnung nicht abschließend geklärt ist. Zweifelhaft ist, ob die Verletzung einer solchen Pflicht zur Erfüllung der Untreue ausreicht oder ob es weiterer Verstöße bedarf. Unter einem formalen Pflichtverstoß wird hier die Verletzung einer reinen Informations-, Kompetenz- oder Verfahrensregelung verstanden.³⁹⁹ Solche Pflichten dienen der Risikominimierung durch ein formalisiertes Verfahren.⁴⁰⁰ Häufig wird die Problematik der Pflichtwidrigkeit oder der Kausalität zugeordnet.⁴⁰¹ Teilweise wird sie aber auch im Rahmen der objektiven Zurechnung unter dem Stichwort Pflichtwidrigkeitszusammenhang erörtert.⁴⁰² Die Problematik dreht sich im Kern um die Frage, ob der Verstoß gegen eine rein formale Pflicht zu einem Vermögensnachteil

führen kann. Folglich kann sie nicht bei der Pflichtwidrigkeit selbst eingeordnet werden, da sie gerade ein der Pflichtwidrigkeit nachgelagertes Problem adressiert. Dogmatisch ist sie folglich in den Bereich zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil einzuordnen, es handelt sich also um ein Zurechnungsproblem. Offen ist noch, ob die Frage schon bei der Kausalität oder erst bei der Lehre von der objektiven Zurechnung zu verorten ist. Wie noch zu zeigen sein wird, wirkt sich eine formelle Pflichtverletzung, entgegen *Laskos*⁴⁰³ Ansicht, nicht auf die Kausalität aus und kann Ursache des Vermögensschadens sein, folglich ist eine Verortung der Problematik in den Bereich der objektiven Zurechnung naheliegend.⁴⁰⁴ Die Frage der Relevanz formeller Pflichten wird somit ebenfalls bei der objektiven Zurechnung eingeordnet und dort unter dem Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs erörtert.

(3) Konkretisierung der Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes durch KWG-Normen

Für die Unübersichtlichkeit der Diskussion ist auch die Vermischung zweier Fragestellungen verantwortlich. So wird häufig die Frage, inwiefern KWG-Normen die Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes konkretisieren oder eine Indizwirkung für eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB haben, mit der Frage vermischt, ob ein KWG-Verstoß automatisch auch eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB darstellt. Dieser Unterschied hat nicht nur dogmatische Bedeutung, sondern wirkt sich auch unmittelbar auf die Strafbarkeit eines Verhaltens aus. Denn soweit nur eine Indizwirkung beziehungsweise Konkretisierung der Maßfigur angenommen wird, kann sich der Betroffene auch dadurch entlasten, dass er andere, ebenso wirksame Maßnahmen zur Risikoreduzierung getroffen hat. Wäre er strikt an die Regelungen gebunden, würde eine solche Einlassung nicht helfen. Dogmatisch muss die Frage der Beschränkung der Dispositionsbefugnis von KWG-Normen bereits im Rahmen der gesetzlichen Grenzen des Innenverhältnisses beantwortet werden. Die Frage, ob den KWG-Normen eine Indizwirkung zukommt und sie zur Ausfüllung des Maßstabes des ordentlichen Bankkaufmannes herangezogen werden können, ist hingegen erst bei der Prüfung des Innenverhältnisses selbst von Belang.

bb) KWG Normen als gesetzliche Grenzen des Innenverhältnisses

Nachdem die unterschiedlichen Problemkreise identifiziert und zugeordnet wurden, werden nun die materiellen Fragestellungen in den Fokus genommen. Zunächst wird untersucht, inwieweit das KWG die Ausgestaltung des Innenverhältnisses beschränkt. Wie bereits aufgezeigt, trifft das KWG neben Regelungen über die Organisation von Banken auch Regelungen für Kreditgeschäfte.⁴⁰⁵ Jeder mit Kreditvergaben betraute Mitarbeiter einer Bank ist diesen Regeln unterworfen und somit in seiner Dispositionsfreiheit eingeschränkt. Dies gilt auch für die Leiter der Kreditinstitute und sogar für Privatbankiers. Mithin stellen die KWG-Normen eine gesetzliche Dispositionsschranke für Kreditvergaben dar, deren Verletzung zunächst eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB begründet. Offen ist noch, ob eine Einwilligung in einen KWG-Verstoß durch den Vermögensinhaber diese Pflichtwidrigkeit entfallen lässt. Ob eine solche Einwilligung vorliegt, hängt von der Ausgestaltung des Innenverhältnisses ab.⁴⁰⁶ Bevor sich mit diesen befasst wird, werden in der gebotenen Kürze einige Schwierigkeiten aufgezeigt, welche mit der Prüfung von KWG-Normen einhergehen.

Das KWG enthält Vorschriften mit formellem und materiellem Regelungsgehalt.⁴⁰⁷ Formelle Pflichten dienen dem geordneten Verfahrensablauf, wohingegen materielle Pflichten unmittelbar Verlustrisiken minimieren, beispielsweise über Höchstkreditgrenzen.⁴⁰⁸ Einen Verstoß gegen eine Norm mit materiellem Regelungsgehalt festzustellen, bereitet im Regelfall keine größeren Schwierigkeiten. Ob zum Beispiel eine Höchstkreditgrenze überschritten wurde, ist leicht zu überprüfen. Einen Verstoß gegen eine Norm, welche formelle Pflichten statuiert, ist hingegen oft schwieriger festzustellen. Dies beruht auf der nicht hinreichend konkreten Ausgestaltung der formellen Normen.⁴⁰⁹ So verlangt die zentrale formelle Norm, § 18 KWG, eine „*Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse*“. Abgesehen von einem Hinweis auf die Jahresabschlüsse wird der unbestimmte Rechtsbegriff „*Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse*“ nicht näher erläutert.⁴¹⁰ Zu weiterer Rechtsunsicherheit im Umgang mit formalen Pflichten hat die Abkehr von einer quantitativen, regelbasierten Bankenaufsicht geführt: Lange Zeit wurden durch Rundschreiben der BaFin und ihrer Vorgängeranstalt⁴¹¹

konkrete und verbindliche Auslegungsregeln für § 18 KWG erlassen.⁴¹² Mit dem Schreiben vom 9.5.2005 hat die BaFin jedoch sämtliche zu § 18 KWG veröffentlichte Rundschreiben aufgehoben und damit einhergehend von einer quantitativen und stark formalisierten auf eine qualitative, prinzipienorientierte Bankenaufsicht umgestellt.⁴¹³ Dies wurde auch damit begründet, dass sich die Kreditinstitute nur „schablonenhaft“ an die erlassenen Regeln hielten.⁴¹⁴ Diese Umstellung auf eine qualitative prinzipienorientierte Bankenaufsicht birgt aus wirtschaftsstrafrechtlicher Sicht zahlreiche Risiken für die Bankmitarbeiter. Durch den Wegfall der amtlichen Verlautbarungen zu § 18 KWG fehlt es an einer Konkretisierung der Prüf- und Informationspflichten. Die Kreditinstitute müssen nun eigenverantwortlich ihre Kreditrisiken kontrollieren und sind bei der Ausgestaltung der Prüf- und Informationspflichten angehalten, einen institutsspezifischen Maßstab anzulegen.⁴¹⁵ Im Rahmen dieser Vorgaben können die Kreditinstitute ihr Prüf- und Informationssystem weitestgehend frei ausgestalten.⁴¹⁶ Mag dies aus Sicht der Kreditinstitute eine wünschenswerte Abkehr von übermäßiger Kontrolle darstellen, so birgt es strafrechtliche Probleme. Der BGH hat bislang bei der Frage nach der Einhaltung des § 18 KWG auf die Rundschreiben des BaKred zur Konkretisierung der Norm zurückgegriffen.⁴¹⁷ Dies ist aufgrund der neuen Rechtslage nicht mehr möglich.⁴¹⁸ In Zukunft muss die Verletzung von § 18 KWG zweistufig geprüft werden. Zunächst ist zu fragen, ob das institutsspezifische System zur Risikokontrolle den Anforderungen an § 18 KWG genügt. In einem zweiten Schritt muss überprüft werden, ob der Bankmitarbeiter die institutsspezifischen Vorgaben bei der Kreditvergabe hinreichend beachtet hat. Erst wenn beide Bedingungen erfüllt sind, liegt mit Sicherheit keine Verletzung von § 18 KWG vor. Diese Einbeziehung von zahlreichen außerrechtlichen Sorgfaltspflichten zur Feststellung eines Verstoßes gegen § 18 KWG und einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB ist unter strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten, gerade vor dem Bestimmtheitsgebot, äußerst bedenklich.⁴¹⁹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für Bankmitarbeiter zahlreiche gesetzliche Dispositionsschranken im Umgang mit dem Bankvermögen bestehen. Vor allem im KWG, aber auch in Sparkassengesetzen und sonstigem Spezialrecht, gibt es Regelungen, welche bei Kreditvergaben zu beachten sind.⁴²⁰ Wird gegen eine solche

Norm verstoßen, ist hierin auch eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB zu sehen.⁴²¹ Bei Verstoß gegen Normen mit formellem Regelungsgehalt gestaltet sich die Prüfung der Pflichtverletzung äußerst schwierig, da – in rechtsstaatlich nicht unbedenklicher Weise – auf zahlreiche außerstrafrechtliche Regelungen zurückgegriffen werden muss und zudem noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der neuen Regelung des Bankenaufsichtsrechts ergangen ist.

3. Konkretisiertes Innenverhältnis

Inzwischen ist anerkannt, dass die Abgrenzung des erlaubten vom verbotenen Risikos primär von der konkreten Ausgestaltung des Innenverhältnisses abhängt.⁴²² Soweit der Vermögensinhaber das Innenverhältnis konkretisiert, muss der Treuenehmer die konkretisierten Pflichten befolgen, um nicht seine Vermögensbetreuungspflicht zu verletzen. Bei der Ausgestaltung des Innenverhältnisses muss unterschieden werden zwischen einer Ausgestaltung innerhalb der gesetzlichen Grenzen und einer Ausgestaltung, die auch Verstöße gegen gesetzliche Ge- und Verbote erlaubt oder sogar fordert.

a) Konkretisierung innerhalb der gesetzlichen Grenzen

Der Treugeber ist bei der Ausgestaltung des Innenverhältnisses frei, soweit er keine gesetzeswidrigen Geschäfte gestattet.⁴²³ So kann er vorsichtig agieren und nur besonders sichere Geschäfte gestatten, er kann aber auch umgekehrt spekulativ agieren und selbst höchst riskante Geschäfte erlauben. Aufgrund der Vertragsfreiheit ist es dem Treugeber möglich, den Bereich des zulässigen Risikos umfassend festzulegen.⁴²⁴ Zudem kann der Treugeber – wie bei Banken üblich⁴²⁵ – bestimmte Entscheidungsregeln vorgeben, welche durch den Treuenehmer zu beachten sind. Soweit der Treuenehmer innerhalb des vom Vermögensinhaber vorgegebenen Rahmens handelt, ist dies – grundsätzlich⁴²⁶ – nicht pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB. Denn in diesem Fall handelt der Treuenehmer gerade so, wie es der Vermögensinhaber und Treugeber von ihm wünscht. Würde man solch ein Verhalten dennoch als pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB ansehen, so bedeutete dies eine schwere Missachtung der Privatautonomie. Der Vermögensinhaber könnte bei Vorliegen eines

Treueverhältnisses nicht mehr frei über sein Vermögen verfügen.⁴²⁷ Soweit ein tatsächlicher Wille des dispositionsbefugten Vermögensinhabers vorliegt, geht dieser somit jedem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab vor. Selbst wenn der Treupflichtige die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmannes in krasser Weise verletzt, begeht er keine Pflichtverletzung, solange die Treuabrede entsprechende Geschäfte gestattet.⁴²⁸ Umgekehrt handelt der Treunehmer aber immer dann pflichtwidrig, wenn er gegen die ihm im Innenverhältnis gezogenen Grenzen verstößt.⁴²⁹ Bei Kreditvergaben kommt hier vor allem ein Verstoß gegen interne Kreditobergrenzen, Kompetenzgrenzen und Verfahrensregelungen in Betracht.

Die Billigung des Treugebers von Geschäften des Treunehmers ist dogmatisch eine den Tatbestand ausschließende Einwilligung.⁴³⁰ Dabei ist es einerlei, ob die Billigung bereits bei der Ausgestaltung des Innenverhältnisses erfolgte oder erst später mittels Weisung der Billigung Ausdruck verliehen wird.⁴³¹ Erforderlich ist aber eine wirksame Einwilligung vor Vergabe des Kredites. Eine nachträgliche Einwilligung kann die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit nicht entfallen lassen.⁴³²

Die Vorteile eines konkretisierten Innenverhältnisses für das Strafrecht liegen auf der Hand: Soweit eine ausdrückliche Treuabrede besteht, muss sich der Treunehmer nach dieser richten und darf den hierin abgesteckten Risikorahmen nicht verlassen. Zudem hat er die ihm auferlegten Risikominimierungspflichten zu beachten. Tut er dies nicht, handelt er pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB.⁴³³ Die Frage, wann ein Geschäft die Grenze des erlaubten Risikos überschreitet, lässt sich anhand der vorgegebenen Risikopolitik des Treugebers leicht ermitteln und bereitet – vorausgesetzt, die Treuabrede ist hinreichend konkret gefasst – keine weiteren Schwierigkeiten.⁴³⁴

b) Konkretisierung außerhalb der gesetzlichen Grenzen

Wie bereits aufgezeigt, gibt es gesetzliche Grenzen, welche für den Treunehmer das Innenverhältnis begrenzen.⁴³⁵ Wird gegen diese Gesetze verstoßen, ist auch eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB gegeben. Zweifelhaft ist, ob sich an dieser Beurteilung etwas ändert, wenn der Vermögensinhaber mit diesen Gesetzesverstößen einverstanden ist. Im

Bankbereich stellt sich diese Frage höchst selten, da die meisten Banken in Form einer Gesellschaft organisiert sind. Die Geschäftsführer einer Gesellschaft sind aufgrund ihres Dienstvertrages regelmäßig dazu verpflichtet, ihre Geschäfte nach Maßgabe des geltenden Rechts zu führen.⁴³⁶ Praktische Relevanz hat die Einwilligung in Gesetzesverstöße somit vor allem für Privatbankiers. Dennoch ist es auch bei öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstituten oder großen Privatbanken nicht unmöglich, dass über den Verwaltungs- oder Aufsichtsrat die Geschäftsleitung von ihrer Pflicht, die Gesetze zu befolgen, befreit wird. Dies zeigt ein Urteil des BGH: In dem zu verhandelnden Fall hatte der Verwaltungsrat die Geschäftsleitung für einzelne Kreditgeschäfte von Ihrer Pflicht, die Gesetze zu befolgen, freigestellt.⁴³⁷

Als Einführung in die Problematik soll ein Beispiel dienen: Weist ein Privatbankier seine Mitarbeiter an, bei Kreditvergaben an seine Freunde die Vorschrift des § 18 KWG nicht zu beachten, sieht sich der Bankmitarbeiter mit zwei unterschiedlichen Handlungsanweisungen konfrontiert. Einerseits der Regelung des KWG, andererseits der Anweisung des Treugebers. Es stellt sich nun die Frage, ob der Treuenehmer ein gesetzeswidriges, aber vom Innenverhältnis gedecktes Geschäft tätigen kann, ohne dadurch seine Vermögensbetreuungspflicht zu verletzen, und mithin ohne Gefahr zu laufen, sich nach § 266 StGB strafbar zu machen.

Es wurde bereits aufgezeigt, dass sich die Ausgestaltung des Innenverhältnisses dogmatisch als eine den Tatbestand – präziser die Pflichtwidrigkeit – ausschließende Einwilligung darstellt.⁴³⁸ Damit die Vorgaben des Treugebers wirksam sind, müssen sie folglich auch die Voraussetzungen einer Einwilligung erfüllen.⁴³⁹ Diese setzt unter anderem voraus, dass der Einwilligende befugt ist, über das Rechtsgut zu disponieren. Hier müsste also der Treugeber dispositionsbefugt bezüglich des Rechtsgutes der verletzten Norm sein. Fraglich wäre in unserem Beispielsfall, ob der Treugeber über das Rechtsgut des § 18 KWG disponieren kann. An dieser Stelle entzündet sich zwischen Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ein Streit:

Einige Autoren sind der Ansicht, der Vermögensinhaber könne vollumfänglich über sein Vermögen disponieren und somit auch dann in

die Schädigung seines Vermögens einwilligen, wenn diese gegen Gesetze verstoße. Sie begründen dies damit, dass eine Norm nicht gegen den Willen des Vermögensinhabers sein Vermögen schützen könne, sondern die betreffenden Normen letztlich immer dem Schutz anderer Rechtsgüter dienen, wie beispielsweise dem Gläubigerschutz.⁴⁴⁰ Aufgrund dessen könne die Verletzung einer solchen Norm nicht untreuerelevant sein. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur sehen in Gesetzen, wie beispielsweise dem KWG, zwingende Dispositionsschranken, welche die Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers beschränken. Eine Verletzung dieser Gesetze stelle dann auch eine untreuerelevante Pflichtverletzung dar. Begründet wird dies mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft sowie mit der beschränkten Verfügungsbefugnis der Gesellschafter.

Vor der Auseinandersetzung mit den einzelnen Ansichten ist auch hier wieder eine Klarstellung erforderlich. Für die Frage der Einwilligung kommt es allein darauf an, ob der Treugeber über das Rechtsgut der verletzten Norm disponieren kann. Es ist unerheblich, welches Rechtsgut die Untreue schützt und ob eine Schutzzweckidentität zwischen § 266 StGB und der verletzten Norm bestehen muss. Die Vertreter der restriktiven Ansicht vermischen hier zwei Problemkreise. Zum einen könnte eine Einwilligung in Betracht kommen, wenn die betreffende Norm das Vermögen der Bankinhaber schützt. Schützt die betreffende Norm nicht das Vermögen der Bankinhaber, scheidet eine Einwilligung mangels Dispositionsbefugnis aus. Dennoch ist damit kein abschließendes Urteil über die Relevanz der Normverletzung für die Untreue gefällt, da nach wie vor offen ist, ob bei der Untreue ein Schutzzweckzusammenhang zu fordern ist.⁴⁴¹

Bei der Bankenuntreue kommt hauptsächlich eine Verletzung der KWG-Normen in Betracht. Folglich kommt es für die Frage der Einwilligung auf den Schutzzweck der KWG Vorschriften an. Eine wirksame Einwilligung in die Verletzung dieser Vorschriften setzt voraus, dass der Treugeber, also der oder die Bankinhaber, über das Rechtsgut der jeweiligen KWG-Vorschrift disponieren können. Wie später noch ausführlich dargestellt, haben diese nicht den Zweck das Bankvermögen zu schützen, vielmehr dienen sie dem Zweck die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft aufrecht zu erhalten.⁴⁴² Folglich fehlt es an der Voraussetzung der

Dispositionsbefugnis und eine wirksame Einwilligung in die Verletzung der Normen scheidet aus. Die Verletzung einer KWG-Norm ist somit auch bei Einwilligung durch den Vermögensinhaber eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB. Eine endgültige Aussage über die Relevanz eines KWG-Verstoßes ist hiermit aber noch nicht getroffen, da noch offen ist, ob ein Schutzzweckzusammenhang für die Untreue zu fordern ist.⁴⁴³

Für den Mitarbeiter des Privatbankiers aus unserem Beispiel ist die Einwilligung seines Chefs somit unbeachtlich.

4. Nicht konkretisiertes Innenverhältnis

Soweit das Innenverhältnis durch Verträge, Weisungen und Gesetze hinreichend konkretisiert ist, bereitet die Bestimmung der Pflichtverletzung keine allzu großen Schwierigkeiten. Fehlt es aber an einer entsprechenden Treuabrede, so ist fraglich, wo die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Risiko zu ziehen ist. In diesem unregelten Bereich ist die Grenzziehung besonders schwierig. Hier nun kommt erstmals die Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes ins Spiel.⁴⁴⁴ Fehlt es an einer vorgegebenen Risikopolitik, ist das Verhalten des Trenehmers an dem eines ordentlichen Bankkaufmannes zu messen. Umstritten ist selbstverständlich die Ausfüllung dieses vagen Begriffes. Bevor dies in den Fokus genommen wird, soll untersucht werden, ob und in welchem Bereich des Kreditwesens ein solcher unregelter Bereich überhaupt vorstellbar ist.

a) Notwendigkeit des Rückgriffes auf eine allgemeine Maßfigur

Vorweggenommen sei folgendes: Im Bereich der Bankenuntreue dürfte es kaum Fälle geben, in welchen das Innenverhältnis nicht konkretisiert ist und somit auf eine allgemeine Maßfigur zurückgegriffen werden muss.⁴⁴⁵ Innerhalb eines Kreditinstitutes gibt es zahlreiche Regelungen, welche formelle und materielle Pflichten für die Mitarbeiter der Kreditabteilung statuieren, zudem werden einige Regelungen zu den Kreditvergabekompetenzen bereits in den Dienstverträgen getroffen.⁴⁴⁶ Vorstände und Geschäftsführer von Banken werden mittels ihrer Dienstverträge regelmäßig dazu verpflichtet, sich an die geltenden Gesetze zu halten und die institutsinternen Regelungen, insbesondere die Satzung,

zu beachten.⁴⁴⁷ Häufig werden die Bankmitarbeiter sogar unmittelbar zur Einhaltung der KWG- Normen verpflichtet, sodass ein KWG-Verstoß dann über die „Hintertür“ des konkretisierten Innenverhältnisses doch eine Pflichtwidrigkeit begründen kann.⁴⁴⁸ Hieraus lässt sich in nahezu allen Fällen eine Risikopolitik ableiten.

Diese internen Regelungen sind allerdings nicht öffentlich zugänglich und somit für Außenstehende nicht nachzuvollziehen. Dies hat zur Folge, dass zahlreiche Ermittlungen der Staatsanwaltschaften aufgrund von Informationsdefiziten eingestellt werden.⁴⁴⁹ Zudem verleitet es dazu, auf eine – vage – Maßfigur abzustellen und zu prüfen, ob das Verhalten des Täters dem eines ordentlichen Bankkaufmannes entsprochen hätte. Dies ändert aber nichts daran, dass die Pflichtwidrigkeit anhand des individuellen, institutspezifischen Maßstabes bestimmt werden müsste, welcher sich aus den vorhandenen institutsinternen Regeln ableiten lässt. In der Praxis greifen die Staatsanwaltschaften häufig auf einen allgemeinen Sorgfaltsmaßstab zurück, da sie keine hinreichenden Informationen über das konkretisierte Innenverhältnis haben. Dies dürfte sich vielfach zu Gunsten der Täter auswirken, denn die institutsspezifischen Kreditobergrenzen und Kompetenzregelungen sind zumeist strenger ausgestaltet als die zur Bestimmung der Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes herangezogenen gesetzlichen Pflichten.⁴⁵⁰ Folglich haben auch die Angeklagten meist kein Interesse an einer Offenlegung des strengeren Pflichtwidrigkeitsmaßstabes, welcher sich aus dem Innenverhältnis ergibt. Festgehalten werden kann, dass es im Bereich von Kreditvergaben eigentlich nur höchst selten eines Rückgriffs auf die Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes bedarf, da im Bankbereich die Innenverhältnisse zwischen Treugebern und Treunehmern typischerweise stark reguliert sind. In der Praxis wird dennoch häufig eine solche Maßfigur herangezogen, um Ermittlungsschwierigkeiten zu umgehen.

b) Erlaubtes Risiko bei fehlender Konkretisierung des Innenverhältnisses

Einigkeit besteht darüber, dass bei Fehlen risikopolitischer Anweisungen auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt abzustellen ist.⁴⁵¹ Diese sehr allgemeine Anforderung wird weiter konkretisiert durch den Bezug auf

eine branchenspezifische Maßfigur.⁴⁵² Im Bereich des Kreditwesens ist mithin das Verhalten eines ordentlichen Bankkaufmannes maßgeblich für die Beurteilung des erlaubten Risikos.⁴⁵³ Nur wenn auch ein ordentlicher Bankkaufmann den Kredit vergeben hätte, ist das Verhalten pflichtgemäß. Hätte ein ordentlicher Bankkaufmann den Kredit nicht vergeben, so liegt eine Pflichtverletzung vor. Während insoweit Einigkeit besteht, ist hingegen die Frage nach den Pflichten eines ordentlichen Bankkaufmannes umstritten.

aa) Meinungsspektrum

An der Rechtsprechung wird häufig kritisiert, Unmögliches von den Handelnden zu verlangen.⁴⁵⁴ Vor allem die sogenannte 51%-Formel ist Ziel der Kritik.⁴⁵⁵ Demnach soll dann eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit vorliegen, wenn „die Gefahr eines Verlustgeschäftes wahrscheinlicher ist, als die Aussicht auf Gewinnzuwachs.“⁴⁵⁶ In einer anderen Entscheidung formuliert der BGH:

[Eine strafbare Untreue begeht, wer] „[...] eine aufs Äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erlangen.“⁴⁵⁷

Diese Formulierungen erwecken den Anschein, als wolle der BGH die Pflichtwidrigkeit anhand einer materiellen Risikogrenze bestimmen. Eine solche, so die Kritik, sei aber nicht hinreichend präzise zu bestimmen.⁴⁵⁸ Tatsächlich macht der BGH in den viel zitierten Passagen aber keine Ausführungen zur Pflichtwidrigkeit, vielmehr soll der Vermögensnachteil begründet werden.⁴⁵⁹ Dies wird bei Lektüre des Urteils zum Bundesligaskandal besonders deutlich; der BGH prüft zunächst die Pflichtwidrigkeit: „[...] hatte der Angeklagte [...] auch die Vermögensinteressen des Vereins zu wahren [...] Diese Pflicht hat der Angeklagte durch die satzungswidrige Verfügung über das Vereinsvermögen verletzt.“⁴⁶⁰ Hierin liegt dem BGH zu Folge die eigentliche Pflichtwidrigkeit. Die weiteren Ausführungen zu der Gefahr eines Verlustgeschäftes betreffen allein das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils. Die Kritik am BGH geht somit fehl, da sie die

Ausführungen zum Vermögensnachteil des BGH als Ausführungen zur Pflichtwidrigkeit interpretiert. Inwieweit die Ausführungen des BGH zum Vermögensschaden richtig sind, muss an dieser Stelle offenbleiben. Vor allem den Rückschluss vom Vermögensnachteil auf die Pflichtwidrigkeit, den der BGH⁴⁶¹ in einigen Urteilen zu ziehen scheint, bedarf noch einer genaueren Untersuchung an späterer Stelle.⁴⁶²

In zwei jüngeren Entscheidungen musste sich der BGH erneut mit der Untreue durch Kreditvergabe beschäftigen und hat sich intensiv mit der Frage nach der Pflichtwidrigkeit auseinandergesetzt.⁴⁶³ In seinem Urteil vom 6. April 2000 macht der BGH deutlich, dass eine pflichtwidrige Kreditvergabe im Sinne des § 266 StGB nur vorliegt, wenn die Entscheidungsträger ihren Prüfungs- und Informationspflichten bezüglich der Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers nicht hinreichend nachgekommen sind.⁴⁶⁴ Der Senat verlangt, dass vor einer Kreditvergabe die Chancen gegen die Risiken sorgfältig anhand umfassender Informationen abgewogen werden.⁴⁶⁵ Soweit dies erfolgt ist, kann auch ein späterer Ausfall des Kredites nicht zur Annahme einer Pflichtverletzung führen.⁴⁶⁶ Außerdem zählt der Senat einzelne Anhaltspunkte auf, welche nach seiner Erfahrung darauf hindeuten, dass der Prüf- und Informationspflicht nicht hinreichend nachgekommen wurde.⁴⁶⁷ Der Senat stellt ausdrücklich klar, dass eine Verletzung von § 18 KWG nicht automatisch eine Verletzung der Prüf- und Informationspflicht zur Folge hat. Folglich führt eine Verletzung von § 18 KWG nicht zwingend zu einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB.⁴⁶⁸ Dennoch sieht der BGH in der Verletzung von § 18 KWG zumindest einen Anhaltspunkt für eine Verletzung der für § 266 StGB relevanten Prüf- und Informationspflicht.⁴⁶⁹

Auch in der zweiten Entscheidung nimmt der BGH Bezug auf eine Verletzung der Prüf- und Informationspflicht.⁴⁷⁰ Der Senat hält zunächst fest, dass keine rechtlich normierten Kompetenzgrenzen verletzt wurden und es mithin allein auf die Frage ankommt, ob der Prüf- und Informationspflicht Genüge getan wurde.⁴⁷¹ Im Folgenden konkretisiert er die Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes, indem er erklärt, dass

„es [...] anerkannten bankkaufmännischen Grundsätzen

[entspricht], Kredite nur nach umfassender und sorgfältiger Bonitätsprüfung zu gewähren“.⁴⁷²

Dann verweist der BGH auf § 18 KWG, welcher Ausfluss dieses anerkannten bankkaufmännischen Grundsatzes sei.⁴⁷³ Im Anschluss prüft der BGH ausführlich einen Verstoß gegen § 18 KWG. Hierzu zieht er auch die Rundschreiben der BAKred heran, da diese die Prüf- und Informationspflicht aus § 18 KWG konkretisieren. Der BGH verweist zwar noch darauf, dass die Prüf- und Informationspflicht nicht mit den Pflichten aus § 18 KWG deckungsgleich seien, nimmt aber dennoch eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit an.⁴⁷⁴ Er begründet die Pflichtverletzung letztlich mit einem gravierenden Verstoß gegen die bankenübliche Prüf- und Informationspflicht.⁴⁷⁵

Diese beiden Entscheidungen sind im Schrifttum auf viel Resonanz gestoßen.⁴⁷⁶ Die Aufgabe der strengen Koppelung einer untreuerelevanten Pflichtverletzung von § 18 KWG in BGHSt, 46, 30ff. wurde zunächst begrüßt.⁴⁷⁷ Die Folgeentscheidung wurde hingegen aufgrund der wieder engeren Koppelung an § 18 KWG als Rückschritt gewertet.⁴⁷⁸ In der Literatur werden zahlreiche weitere Lösungen zu der Abgrenzung des erlaubten vom verbotenen Risikos angeboten. *Waßmer* zieht die betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre zur Abgrenzung des erlaubten vom verbotenen Risikos heran.⁴⁷⁹ Aufgrund der zahlreichen Möglichkeiten der Bewertung von Risiken fordert *Waßmer* einen großen Ermessensspielraum für die Handelnden. So möchte er bei formellen Verstößen eine Pflichtverletzung erst bei anerkannt ungeeigneten Verfahren annehmen, bei materiellen Verstößen gibt er nur Anhaltspunkte, von welchen auf ein unzulässiges Risiko geschlossen werden kann.⁴⁸⁰ Auch *Laskos* zieht betriebswirtschaftliche Verfahren zur Risikobewertung heran, um das erlaubte vom verbotenen Risiko abzuschichten.⁴⁸¹ Ein ordentlicher Bankkaufmann müsse die bankwirtschaftlichen Verfahren zur Risikobewertung beachten.⁴⁸² Dennoch sieht er in diesen Verhaltensvorgaben nur Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Pflichten eines ordentlichen Bankkaufmannes und möchte im Ergebnis nur evidente Verstöße gegen bankwirtschaftliche Verhaltensanforderungen als Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB anerkennen.⁴⁸³ Andere

Autoren möchten die Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes präzisieren, indem sie auf einen institutsspezifischen Bankkaufmann⁴⁸⁴ abstellen oder unterschiedliche Anforderungen an die Bonitätsprüfung in Abhängigkeit von der Kreditart fordern.⁴⁸⁵ Einige Autoren sehen in den Regelungen des KWG und vor allem in § 18 KWG eine Normierung der bankkaufmännischen Pflichten.⁴⁸⁶ Aufgrund dessen soll ein Verstoß gegen § 18 KWG eine Verletzung der Pflichten des ordnungsgemäßen Bankkaufmannes indizieren.⁴⁸⁷ Faktisch verliert die Frage, ob eine Schutzzweckidentität zwischen der Untreue und der verletzen Norm bestehen muss, für § 18 KWG hierdurch ihre Relevanz, da die Regelung des § 18 KWG als Normierung der Pflichten eines ordentlichen Bankkaufmannes in den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab hineingetragen wird. Da die Autoren einer Verletzung von § 18 KWG aber nur eine Indizwirkung beimessen und auch eine Erfüllung der Pflichten des ordentlichen Bankkaufmannes durch andere Informationen genügen lassen, führt eine Verletzung der Pflichten aus § 18 KWG nicht automatisch zu einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB.⁴⁸⁸ Auch die Einwände einiger Autoren,⁴⁸⁹ ein Verstoß gegen § 18 KWG werde bereits mittels § 56 Absatz 3 Nr. 4 KWG als Ordnungswidrigkeit geahndet und könne nicht zusätzlich auch als Straftat geahndet werden, erübrigt sich durch diesen Ansatz. Denn es wird gerade nicht der Verstoß gegen § 18 KWG bestraft, sondern die Verletzung der Pflichten eines ordentlichen Bankkaufmannes.

bb) Stellungnahme und Fazit

Die Untersuchung der unterschiedlichen Ansichten zum nicht konkretisierten Innenverhältnis hat einen bunten Strauß an Meinungen zu Tage gefördert. Um die zahlreichen Ansichten besser zu ordnen, ist es hilfreich, eine Einteilung in formale und materielle Pflichten des ordentlichen Bankkaufmannes vorzunehmen. Formale Pflichten beschränken sich ausschließlich auf das Verfahren, die Informationspflichten und Kompetenzregelungen. Materielle Pflichten hingegen betreffen die eigentliche Risikoabwägung. Hingegen ist es materielle Pflicht, kein zu hohes Risiko einzugehen.

Für die formalen Pflichten eines ordentlichen Bankkaufmannes können §

18 KWG und andere KWG Vorschriften mit formellem Regelungsgehalt zur Konkretisierung der Maßfigur herangezogen werden.⁴⁹⁰ Die typische Pflicht eines Bankkaufmannes, Kredite nur nach Einholung umfassender Informationen über den Kreditnehmer zu vergeben, ist in § 18 KWG normiert. Es ist allerdings erforderlich, auch andere Verfahren zuzulassen oder in Ausnahmefällen sogar auf eine, für Kreditvergaben typischerweise erforderliche, Bonitätsprüfung zu verzichten. So erscheint es wenig sinnvoll, die Vergabe eines Kredites an einen weltbekannten Milliardär von einer umfangreichen Offenlegung seiner Finanzen abhängig zu machen. Im Gegenteil, dies könnte sogar geschäftsschädigend sein, da dieser aufgrund des ihm entgegengebrachten Misstrauens von einem Geschäft Abstand nimmt und so nicht als Kunde für die Bank gewonnen werden kann. Formal wäre eine solche Offenlegung aber erforderlich, da es für die Beurteilung der Vermögenssituation nicht ausreichend ist, sich auf das öffentliche Bild einer Person etwa in den Medien zu verlassen.

Neben den formellen Pflichten muss aber auch die materielle Pflicht, kein zu hohes Risiko einzugehen, beachtet werden. So kann selbst bei Einhaltung sämtlicher formaler Pflichten eine Kreditvergabe immer noch pflichtwidrig sein. Etwa wenn ein Bankmitarbeiter alle Informationen eingeholt hat und erkennt, dass eine Kreditvergabe zu riskant wäre, er aber dennoch den Kredit vergibt. Auch in einem solchen Fall liegt unzweifelhaft eine Pflichtverletzung vor.⁴⁹¹ Es geht dann um die Frage, wann eine materielle Pflicht verletzt wurde. Die hierzu vertretenen Ansichten werden nicht viel konkreter, als dass verboten ist, nach der Art eines Spielers zu handeln, und erlaubt ist, was das Verhalten eines ordentlichen Bankkaufmannes gebietet. Auch der Verweis, nur evident oder zweifelsfrei unvertretbar hohe Risiken seien pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB, hilft den Betroffenen nicht weiter, da auch dies vage und präzisierungsbedürftige Begriffe sind.⁴⁹²

Hier soll nicht versucht werden, den zahlreichen, treffend als „Tasten nach einem Grundsatz“⁴⁹³, beschriebenen Näherungsversuchen an die materielle Risikogrenze einen Weiteren hinzuzufügen. Vielmehr wird sich mit der Feststellung begnügt, dass eine materielle Grenze, welches Risiko im Rahmen einer Kreditvergabe noch erlaubt ist und welches schon pflichtwidrig ist, nicht gefunden werden kann. Denn eine abstrakte Definition des erlaubten Risikos ist entweder zu vage oder sie ist zwar

hinreichend präzise, kann dann aber nicht jedem Einzelfall gerecht werden, sodass es wieder Ausnahmeregelungen bedarf. Erlaubt ist was ein ordentlicher Bankkaufmann tut, verboten ist, was evident unvertretbar ist. Eine konkretere Beschreibung des materiellen Risikos ist nicht möglich.

5. Restriktionsbemühungen im Bereich der Pflichtwidrigkeit

Bei der Untersuchung der Pflichtwidrigkeit konnte gezeigt werden, dass es bis heute nicht gelungen ist, eine materielle Risikogrenze zu finden. Um eine Ausweitung des Untreuetatbestandes auf Konstellationen zu verhindern, welche keine Strafe erfordern, entwickeln Rechtsprechung und Wissenschaft laufend neue Restriktionsansätze für § 266 StGB. Die im Bereich der Bankenuntreue relevantesten Restriktionsansätze für das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit sollen hier auf ihre Geeignetheit zur Begrenzung des Tatbestandes untersucht werden.

a) Beurteilungs- und Ermessensspielraum

Die Rechtsprechung hat mit dem ARAG/Garmenbeck-Urteil klargestellt, dass Geschäftsleitern zivilrechtlich ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum einzuräumen ist.⁴⁹⁴ Auch im Strafrecht ist anerkannt, dass den Geschäftsleitern eines Unternehmens ein breiter Ermessensspielraum bei der Leitung des Unternehmens zuzubilligen ist und nur evident unvertretbare Entscheidungen strafrechtlich relevant werden können.⁴⁹⁵ Dies gilt gerade im Bereich von Risikogeschäften, da unternehmerisches Handeln sonst ausgeschlossen wäre. Auch der Gesetzgeber hat dies inzwischen erkannt und das Aktiengesetz um eine entsprechende Regelung ergänzt. Nach § 93 Absatz 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn es sich um eine unternehmerische Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft auf Basis angemessener Informationen und ohne übergroßes Risiko handelt.⁴⁹⁶ Nach überwiegender Meinung muss sie zudem frei von Interessenskonflikten getroffen worden sein.⁴⁹⁷ Die an die amerikanische Business Judgment Rule angelehnte Regelung hat nicht zu wesentlichen Änderungen in der Rechtspraxis geführt, da die Rechtsprechung bereits einen, an ähnliche Voraussetzungen geknüpften, nicht justiziablen Beurteilungs- und Ermessensspielraum anerkannt hatte.⁴⁹⁸

Fraglich ist nun, inwieweit die Anerkennung eines nicht justiziablen Beurteilungs- und Ermessensspielraums eine Restriktion der Untreuestrafbarkeit bewirkt. Hierfür ist vor allem die Bedeutung von § 93 Absatz 1 Satz 2 AktG zu untersuchen. Denn ob eine

Managemententscheidung in Zukunft justiziabel ist, hängt von dem Maßstab des § 93 Absatz 1 Satz 2 AktG ab. Entspricht eine Entscheidung den Anforderungen an § 93 AktG, kann sie nicht nach § 266 StGB pflichtwidrig sein. Die Regelung in § 93 Absatz 1 Satz 2 AktG ist weitestgehend vage formuliert und beinhaltet unbestimmte Rechtsbegriffe. Zudem gilt die Regelung nur für den Vorstand, nicht aber für andere Mitarbeiter der Bank. Die Auswirkungen des § 93 AktG für das Strafrecht sind somit eher gering, da einerseits nur ein Teil der Mitarbeiter eines Unternehmens in den Genuss der Anwendung von § 93 AktG kommt. Andererseits führt die vage Ausgestaltung der Norm dazu, dass gerade in den kritischen Fällen Unsicherheit besteht, ob die Voraussetzungen erfüllt sind. Gerade diese Fälle sind regelmäßig auch strafrechtlich problematisch, sodass hier keine Restriktion des § 266 StGB erreicht wird. Dennoch bewirkt die Anerkennung eines Beurteilungs- und Ermessensspielraumes eine gewisse Einschränkung der Strafbarkeit, da unternehmerische Entscheidungen nicht mehr vollumfänglich einer strafrechtlichen Kontrolle unterliegen. Vielmehr wird strafrechtlich nur noch eine Evidenzkontrolle durchgeführt. So haben *Brüning* und *Samson* jüngst aufgezeigt, dass der Business Judgement Rule im Zusammenhang mit der Finanzkrise eine hohe Relevanz zukommen könnte.⁴⁹⁹ Denn soweit diesen vorgeworfen wird, das Bankvermögen durch den Kauf riskanter Finanzprodukte geschädigt zu haben, können diese sich auf die hervorragenden Ratings für diese Produkte durch die Ratingagenturen berufen. Denn diesen wurde eine hohe Vertrauenswürdigkeit zugesprochen, sodass in der Großzahl der Fälle davon ausgegangen werden muss, dass die Unternehmensleiter aufgrund von umfassenden Informationen gehandelt haben. Zudem wird Vorständen ein Maßstab zur Hand gegeben, an dem sie sich bei Ihren Entscheidungen orientieren können.

b) Gravierende Pflichtverletzung

In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung bei der Untreue eingeführt.⁵⁰⁰ Demnach stellt nicht jede gesellschaftliche Pflichtverletzung zugleich eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht dar, vielmehr bedarf es einer gravierenden Pflichtverletzung.⁵⁰¹ Ob die Pflichtverletzung gravierend ist, bestimmt sich anhand einer Gesamtschau der vor allem

gesellschaftsrechtlichen Merkmale.⁵⁰² Die Einführung des Merkmals der gravierenden Pflichtverletzung ist in der Literatur auf ein gemischtes Echo gestoßen. Einige Autoren begrüßen sie als willkommene Restriktion des Untreuetatbestandes.⁵⁰³ Andere stehen ihr eher kritisch gegenüber, da, so ihre Kritik, die Anerkennung der gravierenden Pflichtverletzung zu fragwürdigen Ergebnissen führt, beziehungsweise es sich um eine bloße Frage der Terminologie handelt.⁵⁰⁴ Dass die Einhaltung des vom BGH aufgestellten Kriterienkataloges zur gravierenden Pflichtverletzung zu widersinnigen Ergebnissen führen kann, hat *Samson* anhand eines Beispiels aufgezeigt. Demnach kann der Vorstand einer wirtschaftlich erfolgreichen AG seinem Bruder Geld der AG schenken kann, ohne eine Strafbarkeit zu riskieren.⁵⁰⁵ Ein solches Ergebnis ist offensichtlich eine Schädigung des AG-Vermögens, sodass eine Strafbarkeit an sich vorliegen müsste. Dies zeigt bereits, dass das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung nicht ausgereift ist. Aufgrund der fehlenden Präzisierung der Kriterien ist das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung mithin untauglich, um eine sinnvolle Restriktion des Untreuetatbestandes zu bewirken.⁵⁰⁶ Auch die Rechtsprechung ist in jüngeren Entscheidungen wieder von dem Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung abgerückt. So hat der 3. Strafsenat des BGH sich in seiner *Mannesmann*-Entscheidung ebenfalls zu dem Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung geäußert. Demnach stellt die gravierende Pflichtverletzung nur eine Ausgestaltung des bereits anerkannten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums dar.⁵⁰⁷ Auch der 1. Strafsenat hat inzwischen klargestellt, dass eine Überschreitung des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraumes eine gravierende Pflichtverletzung darstellt und sich somit faktisch wieder von der Rechtsfigur verabschiedet.⁵⁰⁸ Denn die gravierende Pflichtverletzung ist dann nur ein anderer Terminus für die Überschreitung des bereits anerkannten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraumes und eignet sich mithin nicht zu einer Restriktion des Untreuetatbestandes. Dies zeigt, dass es sich bei der Diskussion um die gravierenden Pflichtverletzung, um eine Scheindiskussion handelt, welche sich tatsächlich mit der Frage nach den äußeren Grenzen des anerkannten Beurteilungs- und Ermessensspielraumes beschäftigt. Im Interesse der Rechtsklarheit sollte das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung wieder aufgegeben

werden, da ein Nutzen nicht erkennbar ist.

6. Fazit zur Pflichtwidrigkeit

Die Pflichtwidrigkeit der Untreue ist in drei Schritten zu prüfen. Zunächst ist nach gesetzlichen Beschränkungen des Innenverhältnisses zu suchen. Soweit Gesetze bestehen, welche die Dispositionsfreiheit des Trenehmers beschränken, stellt jede Verletzung dieser Pflichten eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit dar. In einem zweiten Schritt ist das konkrete Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer zu untersuchen. Der Treugeber ist bei der Gestaltung des Innenverhältnisses weitestgehend frei, aber auch sein Einverständnis in gesetzeswidrige Handlungen des Trenehmers ändert nichts an der Pflichtwidrigkeit dieser Handlungen. Soweit das Innenverhältnis nicht konkretisiert wurde, ist auf einen allgemeinen Sorgfaltsmaßstab abzustellen. Dieser ist branchenspezifisch zu bestimmen und bleibt weitestgehend unbestimmt. Im Bereich der Bankenuntreue kann dabei zwischen formellen und materiellen Pflichten unterschieden werden. Während die formellen Pflichten einigermaßen konkretisierbar sind,⁵⁰⁹ bleibt die materielle Pflicht, kein zu hohes Risiko einzugehen, vage und führt somit zu einer Rechtsunsicherheit für die Beteiligten.

II. Vermögensnachteil

Neben der Pflichtverletzung ist der Vermögensnachteil das zentrale Merkmal des Untreuetatbestandes. Der Begriff Vermögensnachteil ist nach herrschender Ansicht mit dem Begriff des Vermögensschadens beim Betrug identisch.⁵¹⁰ Es gelten daher grundsätzlich dieselben Überlegungen zum Vermögensbegriff und zu den Schadenskriterien wie beim Betrug.⁵¹¹ Über den strafrechtlichen Vermögensbegriff wird seit Jahrzehnten gestritten.⁵¹² Diese Arbeit legt den herrschenden juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zugrunde.⁵¹³ Vermögen ist demnach jede wirtschaftlich wertvolle Position, die unter dem Schutz oder der Billigung der Rechtsordnung steht.⁵¹⁴

Im Folgenden wird zunächst untersucht, zu welchem Zeitpunkt der Nachteil bei der Bankenuntreue festgestellt werden muss und welche

Konsequenzen sich hieraus für die Art des Schadens ergeben. In einem zweiten Schritt werden die Grundsätze der objektiv individuellen bestimmung des Schadens in den Fokus genommen. Im Anschluss wird eine eigene Lösung zu der Bewertung von Vermögensgegenständen erarbeitet, bevor sich mit den Besonderheiten bei der Bankenuntreue beschäftigt wird.

1. Zeitpunkt der Nachteilsberechnung und Konsequenzen

Bevor ein Nachteil festgestellt werden kann, ist es zunächst erforderlich zu klären, welcher Zeitpunkt aus strafrechtlicher Sicht relevant ist. Denn der Wert eines Vermögensgegenstandes hängt auch von dem Zeitpunkt seiner Bewertung ab. Besonders deutlich wird dies, wenn man den Wert einer Aktie bestimmen möchte, welcher von dem genauen Zeitpunkt des Kaufs abhängt. Der Zeitpunkt der Bewertung eines Vermögensgegenstandes beeinflusst somit maßgeblich die Frage, ob ein Vermögensnachteil vorliegt oder nicht. Zudem hängt von dem Zeitpunkt auch die Art des strafrechtlichen Schadens ab.⁵¹⁵

a) Zeitpunkt

Im Rahmen einer Kreditvergabe kommen mehrere Zeitpunkte für die Feststellung eines Nachteils in Betracht. Zum einen könnte auf den Zeitpunkt des endgültigen Ausfalls des Kredites abgestellt werden, zum anderen kommt auch die Kreditvergabe als maßgeblicher Zeitpunkt in Betracht. Richtigerweise ist auf den Zeitpunkt der Kreditvergabe abzustellen.⁵¹⁶ Denn auf die Entwicklung des Kreditengagements nach der Kreditvergabe hat der Bankmitarbeiter keinen Einfluss. Nachträgliche Entwicklungen dürfen ihm somit weder zur Last gelegt werden noch zum Vorteil gereichen.⁵¹⁷ Deutlich wird dies an einem Beispiel: Vergibt ein Mitarbeiter einen ungesicherten Kredit an eine vermögenslose Person, so ist der Wert der erlangten Kreditforderung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mit dem Kredit gleichwertig, da die Forderung mit einem hohen Ausfallrisiko belastet ist. Bei Saldierung der Vermögenswerte zum Zeitpunkt der Kreditvergabe liegt ein Schaden in Form des Gefährdungsschadens⁵¹⁸ vor. Gewinnt der vermögenslose Kreditnehmer nun im Lotto und kann entgegen aller Erwartungen den

Kredit doch bedienen, so führt eine Saldierung nach Rückzahlung des Anspruches zu dem Ergebnis, dass kein Nachteil vorliegt. Die Strafbarkeit des Bankmitarbeiters würde dann vom Zufall abhängen.⁵¹⁹ Umgekehrt kann es einem Bankmitarbeiter nicht angelastet werden, wenn nachträglich eintretende Umstände zu einem Ausfall eines Kredites führen, welcher zum Zeitpunkt der Kreditvergabe wirtschaftlich gleichwertig war.⁵²⁰

Auf den tatsächlichen Ausfall des Kredites kommt es bei der Bankenuntreue daher nicht an, da der endgültige Ausfall auf unvorhersehbaren Entwicklungen beruht, wenn er nicht mit einem Gefährdungsschaden bei der Kreditvergabe einhergeht. Für die Feststellung des Nachteils ist somit allein der Zeitpunkt der Kreditvergabe maßgeblich.⁵²¹

b) Gefährdungsschaden

Ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellung des Nachteils die Kreditvergabe, so ist zugleich klar, dass ein „richtiger“ Schaden in den seltensten Fällen in Betracht kommt. In der Großzahl der Fälle wird nur ein Nachteil in Form des Gefährdungsschadens vorliegen.⁵²² Ob der Kredit letztendlich ausfällt oder nicht, ist für die Strafbarkeit des Täters unerheblich. Dies kann bestenfalls im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.⁵²³

Die herrschende Meinung sowie die ständige Rechtsprechung sieht auch in einem Gefährdungsschaden einen Nachteil im Sinne des § 266 StGB.⁵²⁴ Ein Gefährdungsschaden liegt dann vor, wenn aufgrund der Gefährdung des Vermögens einzelne Vermögenspositionen abzuwerten sind. Bei der Bankenuntreue ist für die Feststellung eines Gefährdungsschadens der ausgekehrte Kredit mit dem Wert der erlangten Forderungen zu saldieren.⁵²⁵ Können die Rückzahlungs- und Zinsansprüche den Vermögensverlust durch die Auskehrung des Kredites nicht kompensieren, liegt ein Gefährdungsschaden vor.⁵²⁶

Der Gefährdungsschaden, welcher häufig auch als konkrete oder schadensgleiche Vermögensgefährdung bezeichnet wird, ist nicht unumstritten.⁵²⁷ Kritisiert wird die Vorverlagerung des Anwendungsbereiches des § 266 StGB durch die Anerkennung des

Gefährdungsschadens.⁵²⁸ Der ohnehin zu weite Tatbestand der Untreue werde durch den Gefährdungsschaden noch weiter ausgedehnt, und die Strafbarkeit in den Bereich des straflosen Versuchs vorverlagert.⁵²⁹

Diese Kritik am Gefährdungsschaden greift bei der Bankenuntreue weitestgehend nicht, da bei der Bankenuntreue der Gefährdungsschaden eigentlich ein „richtiger Schaden“ ist.⁵³⁰ Es ist allgemein anerkannt, dass eine Gefährdung dann einen Schaden darstellt, wenn sie zu einer realen Wertminderung führt.⁵³¹ Die Kritik am Gefährdungsschaden richtet sich gegen die frühzeitige Annahme einer konkreten Gefahr. So ist umstritten, wann die Gefahr hinreichend konkret ist, um einen Schaden annehmen zu können.⁵³² Dies soll erst der Fall sein,

„wenn sie einen nicht mehr unumkehrbaren Kausalverlauf in Richtung auf einen dauerhaften Vermögensverlust in Gang setzt“.⁵³³

Zudem soll die Gefahr hinreichend konkret sein, wenn das Opfer die Gefährdungslage nicht mehr beherrschen kann.⁵³⁴ Bei der Bankenuntreue bedarf es keiner solchen unklaren Umschreibungen der Gefahr, da der Wert einer Forderung anhand betriebswirtschaftlicher Verfahren bestimmt werden kann. Eine streng betriebswirtschaftliche Betrachtung zeigt, dass der Gefährdungsschaden bei der Kreditvergabe unmittelbar mit Vergabe des Kredites ein „richtiger“ Schaden ist.⁵³⁵ Denn die Gefährdung der Rückzahlung führt zu einer sofortigen Wertminderung der Forderungen der Bank gegenüber dem Kreditnehmer.⁵³⁶ Das Bankvermögen wird somit unmittelbar durch die Kreditvergabe geschädigt.⁵³⁷

2. Voraussetzungen des Nachteils

Über den strafrechtlichen Schadensbegriff und die Grundsätze der Schadensermittlung wird seit Jahren diskutiert.⁵³⁸ Erschwert wird eine Einigung noch durch die Abhängigkeit des Schadens vom Vermögensbegriff, welcher ebenfalls umstritten ist.⁵³⁹ In dieser Arbeit wird dem herrschenden juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff gefolgt, sodass es weitestgehend auf den wirtschaftlichen Wert eines Gegenstandes ankommt, um ihn zum Vermögen zu rechnen.⁵⁴⁰ Soweit schon kein Vermögen vorliegt, kann zwingend auch kein Schaden

entstehen. Lassen sich die Gegenstände des Geschäfts unter den Vermögensbegriff subsumieren, ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung zu verfahren, um einen Schaden zu ermitteln.⁵⁴¹ Demnach sind die Zu- und Abflüsse geldwerter Güter miteinander zu saldieren. Nur wenn die Saldierung einen negativen Saldo ergibt, liegt ein Vermögensnachteil vor.⁵⁴² Die Bewertungsmethode der zu saldierenden Vermögensgüter ist somit maßgeblich für die Frage, ob ein Schaden entstanden ist. Hier wird der Schadensbegriff relevant, da von diesem abhängig ist, welcher Wert einem Vermögensgegenstand zukommt. Die herrschende Ansicht vertritt einen objektiv-individuellen Schadensbegriff. Demnach sind Leistung und Gegenleistung zunächst objektiv zu bewerten.⁵⁴³ Sind die Leistungen objektiv-wirtschaftlich gleichwertig, liegt grundsätzlich kein Nachteil vor. Eine Ausnahme hiervon wird mittels der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag gemacht.⁵⁴⁴ Demnach kann unter bestimmten Voraussetzungen, auch bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit, ein Schaden in Form des individuellen Schadenseinschlages vorliegen.

Im Folgenden wird sich zunächst mit dem objektiv-individuellen Schadensbegriff der herrschenden Lehre beschäftigt. Die objektiv-wirtschaftliche Bewertung von Vermögensgegenständen wird dargestellt und im Anschluss wird der individuelle Schadenseinschlag als Ausnahme von der objektiv-wirtschaftlichen Bewertung der Vermögenspositionen untersucht. Dann wird auf die Ansichten eingegangen, welche eine spezielle Schadensart für Risikogeschäfte fordern. Im Folgenden wird die objektiv-wirtschaftliche Bewertung von Vermögensgegenständen kritisch untersucht. In einem letzten Schritt wird der Versuch unternommen, eine eigene wirtschaftlich orientierte Lösung für den Nachteil bei der Untreue zu entwickeln.

a) Objektiv-wirtschaftliche Bewertung des Vermögens

Die vorherrschende Lehre geht von einem objektiv-individuellen Schadensbegriff aus.⁵⁴⁵ Der Wert eines Vermögensgegenstandes ist demnach objektiv anhand wirtschaftlicher Maßstäbe zu bestimmen. Nach Ansicht der herrschenden Lehre ist der objektive Preis immer der marktübliche Preis.⁵⁴⁶ Ein Vermögensgegenstand ist grundsätzlich mit

dem objektiven, also dem marktüblichen Preis, in das Vermögen einzustellen. Nur unter den Voraussetzungen des individuellen Schadenseinschlages dürfen subjektive Interessen berücksichtigt werden. Die Bewertung des Vermögens erfolgt anhand des Marktpreises, der zunächst genauer untersucht werden soll.

Wird für eine Leistung der Marktpreis gezahlt, so gilt dieses Geschäft als wirtschaftlich ausgeglichen. Offen ist aber noch die Frage, wie der Marktpreis definiert wird.⁵⁴⁷ Den Marktpreis gibt es in den meisten Fällen nicht beziehungsweise ist es kaum möglich, einen absoluten Marktpreis zu bestimmen.⁵⁴⁸ Vielmehr hängt der Marktpreis von der Umsatzstufe sowie anderen Faktoren, wie dem Ort oder dem individuellen Verhandlungsgeschick, ab.⁵⁴⁹ So zahlt der Großhändler weniger für ein Produkt als der Endverbraucher. Der Endverbraucher zahlt beim Discounter weniger als im Fachgeschäft. Selbst bei einem Anbieter kann ein und dasselbe Produkt zu unterschiedlichen Preisen verkauft werden.⁵⁵⁰ Der Preis eines Produktes hängt somit maßgeblich von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.⁵⁵¹ Der Marktwert ist der Preis, der üblicherweise bei Geschäften dieser Art zu dieser Zeit, an diesem Ort und auf dieser Umsatzstufe bezahlt wird.⁵⁵² Entspricht der Vermögensabfluss dem Marktwert des erworbenen Vermögensgegenstandes, so liegt grundsätzlich kein Vermögensnachteil vor. Eine Ausnahme hiervon stellt der individuelle Schadenseinschlag dar.

b) Individueller Schadenseinschlag

Der individuelle Schadenseinschlag ist eine Korrektur der rein objektiven Wertermittlung eines Vermögensgegenstandes. Auch hier überträgt der weit überwiegende Teil der Literatur wie auch die Rechtsprechung die zum Betrug entwickelten Grundsätze zum individuellen Schadenseinschlag auch auf die Untreue.⁵⁵³ Demnach kann ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB auch bei einem objektiv-wirtschaftlich ausgeglichenen Geschäft vorliegen. Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn der Geschäftsherr die Gegenleistung nicht oder nicht vollständig zu dem vertraglichen Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann.⁵⁵⁴

Der individuelle Schadenseinschlag macht damit eine Ausnahme von der

Wertermittlung anhand des Marktpreises. Obwohl nach objektiv-wirtschaftlichen Kriterien kein Vermögensschaden vorliegt, soll ein Schaden konstruiert werden, um im Einzelfall eine gerechte Lösung zu finden.⁵⁵⁵ Faktisch wird hier nicht mehr das Vermögen, sondern die Dispositionsfreiheit geschützt.⁵⁵⁶ Besonders deutlich wird dies bei genauer Analyse des *Melkmaschi*-nen-Falles des BGH.⁵⁵⁷ Demnach gibt es drei Fallgruppen, bei welchen trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Schaden anzunehmen ist. Zunächst, wenn aus der Sicht eines objektiven Beobachters das Opfer die Gegenleistung nicht oder weniger brauchen kann als es seine Bedürfnisse oder der vom Vertrag vorausgesetzte Zweck erfordern (1).⁵⁵⁸ Dann, wenn man durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen gezwungen wird (2) oder nicht mehr über die für eine angemessene Wirtschafts- und Lebensführung unerlässlichen Mittel verfügen kann (3).⁵⁵⁹ Dass diese Grundsätze des individuellen Schadenseinschlages zu willkürlichen Ergebnissen führen, wird vor allem an der zweiten Fallgruppe besonders deutlich: Demnach soll bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung dennoch ein Vermögensnachteil vorliegen, wenn aufgrund des Geschäftes das Opfer zu vermögensschädigenden Maßnahmen gezwungen wird, beispielsweise einen Kredit zu ungünstigen Konditionen aufnehmen muss.⁵⁶⁰ Dies ist in doppelter Hinsicht fraglich. Zunächst stellt sich die Frage, warum nur derjenige einen Schaden erleiden soll, der durch das betroffene Geschäft in eine wirtschaftliche Schieflage gerät, nicht aber derjenige, der das Geschäft mit seinem Ersparnis finanziert. Der Nachteil und damit der Strafrechtsschutz hängt letztlich allein von der Vermögenslage des Opfers ab.⁵⁶¹ Ein solches Ergebnis widerspricht dem Strafrechtssystem. Denn grundsätzlich hängt die Strafbarkeit eines Verhaltens nicht von der Vermögenslage des Opfers ab. Allein der in § 291 StGB geregelte Wuchertatbestand macht hiervon eine Ausnahme. Selbst dieser setzt neben der Zwangslage aber ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Eine Strafbarkeit trotz der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ohne das zusätzliche Erfordernis der Zwangslage, wie es in § 291 StGB verlangt wird, widerspricht damit der Systematik des Gesetzes. Hätte der Gesetzgeber auch mit § 263 StGB oder § 266 StGB Personen in einer finanziellen Notlage besser schützen wollen als vermögende Personen, so

hätte es eines entsprechenden Zusatzes im Tatbestand bedurft. Da das Gesetz keinen entsprechenden Zusatz enthält, kann die Frage, ob ein Vermögensnachteil vorliegt und der Tatbestand des § 266 StGB erfüllt ist, auch nicht von der Vermögenslage des Opfers abhängig gemacht werden. Vielmehr spricht die ausdrückliche Normierung in § 291 StGB sogar dafür, dass nur in den dort geregelten Fällen eine Strafbarkeit von der Vermögenslage des Opfers abhängig gemacht werden darf. Zudem ist es auch schwierig zu begründen, weswegen derjenige, der sein Geld stets verprasst und dennoch weitere Verpflichtungen eingeht, welche ihn dann in eine wirtschaftliche Schieflage bringen, besseren Strafrechtsschutz genießen soll, als derjenige, der stets sein Vermögen konservativ anlegt und durch das gleiche Geschäft nicht in eine wirtschaftliche Schieflage gerät.

Daneben muss der Täter auch Vorsatz in Bezug auf den Nachteil haben. Dies führt zu dem befremdlichen Ergebnis, dass der Vorsatz nur bejaht werden kann, wenn der Täter sich zuvor über die Vermögensverhältnisse des Opfers informiert hat und ihm bekannt war, dass das Geschäft sein Opfer in eine wirtschaftlich prekäre Situation bringt. Die Vorstellung, dass ein Betrüger sich erst die Vermögensverhältnisse seines potenziellen Opfers offenlegen lässt, bevor er zur Täuschung ansetzt, ist reichlich grotesk. Auch dies spricht im Ergebnis gegen den individuellen Schadenseinschlag.

Die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag ist somit abzulehnen. Zum einen stellt sie eine unzulässige – und wie noch zu zeigen sein wird unnötige⁵⁶² – Ausnahme von einer wirtschaftlichen Bewertung des Vermögens dar. Zum anderen können die Kriterien, welche die Voraussetzungen des individuellen Schadeneinschlags bilden, nicht überzeugen. Letztendlich führt die Anerkennung des individuellen Schadenseinschlages auch zu einer Vertauschung des Schutzgutes der Untreue, denn es wird nicht mehr das Vermögen, sondern allein die Dispositionsfreiheit geschützt. Dies allerdings nur, wenn die Voraussetzungen einer der drei Fallgruppen erfüllt sind. Der individuelle Schadenseinschlag ist somit eine „Zauberbox“ zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit, welche aus dogmatischer Sicht nicht überzeugen kann.

c) Spezieller Schaden für Risikogeschäfte

Einige Autoren möchten speziell bei Risikogeschäften sogar noch weiter die Dispositionsfreiheit schützen, als es der individuelle Schadenseinschlag bereits tut. Sie nehmen immer dann einen Schaden an, wenn gegen die Risikopräferenzen des Geschäftsherrn verstoßen wurde.⁵⁶³ Für die Bankenuntreue bedeutet dies, dass jede Kreditvergabe, welche ein höheres Risiko beinhaltet, als vom Geschäftsherrn erlaubt, automatisch pflichtwidrig ist. Unmittelbar aus dieser Pflichtwidrigkeit folgt dann der Nachteil. *Waßmer* möchte bei einem wirtschaftlich gleichwertigen Geschäft, welches unter Verstoß gegen die vereinbarte Risikopolitik zustande gekommen ist, einen Risikoschaden annehmen.⁵⁶⁴ Wird die Pflicht, gewisse Risiken nicht zu überschreiten, verletzt, begründe dies zwangsläufig einen Schaden, da niemandem ein höheres Verlustrisiko aufgezwungen werden könne, als er präferiere.⁵⁶⁵ Auch *Hillenkamp* möchte bei Risikogeschäften einen weitergehenden Schutz subjektiver Interessen als ihn der individuelle Schadenseinschlag gewährleistet. So soll jeder Verstoß gegen die risikopolitischen Anordnungen des Treugebers ausreichen, um den Untreuetatbestand zu erfüllen. Eine Saldierung verbiete sich, sobald gegen die risikopolitischen Anordnungen des Treugebers verstoßen werde.⁵⁶⁶ Ein solcher weitgehender Schutz sei bei der Untreue erforderlich, da das Opfer in seiner Freiheit ungeschützter sei als beim Betrug.⁵⁶⁷

Den Ansichten von *Waßmer* und *Hillenkamp* kann nicht gefolgt werden. Dass ausnahmsweise beim Risikogeschäft eine besondere Schadensart einschlägig sein soll, überzeugt nicht. Zunächst geben sowohl *Waßmer* als auch *Hillenkamp* zu, dass bislang keine anerkannte Definition für Risikogeschäfte gefunden wurde.⁵⁶⁸ Dann ist aber auch nicht klar, wann der spezielle Risikoschaden einschlägig sein soll. Zum anderen ist es auch nicht einsichtig, warum eine Gewinnchance, die den hierfür investierten Betrag wert ist, anders behandelt werden soll als etwa ein Fernseher, der den bezahlten Betrag wert ist, wenn der Treugeber beide Gegenstände nicht haben wollte. Die Anerkennung eines Risikoschadens führt zudem zu einer Zersplitterung des einheitlichen Schadensbegriffes von Betrug und Untreue. Dies ist aus dogmatischer Sicht nicht wünschenswert. Auch geht der Schutz der Dispositionsfreiheit zu weit, wenn allein ein Verstoß gegen

die Risikopolitik des Geschäftsherrn ausreicht, um einen Schaden zu begründen. Damit wird die Untreue im objektiven Tatbestand faktisch auf das Merkmal der Pflichtverletzung reduziert. Der ohnehin als unbestimmt und arm an Merkmalen kritisierte Untreuetatbestand würde noch weiter aufgeweicht. Das Nachteilsmerkmal verlöre für die Fälle der Risikogeschäfte seine Funktion. Allein die Pflichtverletzung würde ausreichen, um den objektiven Tatbestand der Untreue zu erfüllen. Eine gesonderte Schadenskategorie für Risikogeschäfte ist somit abzulehnen.

d) Konsequenzen der Kritik an der objektiv-individuellen Bestimmung des Nachteils

Die Ablehnung des individuellen Schadenseinschlages führt dazu, dass die Interessen des Vermögensinhabers nicht mehr zu berücksichtigen sind. Es kommt dann allein auf den objektiven Wert des Vermögensgegenstandes an. Aus Sicht des Vermögensinhabers führt dies zu fatalen Konsequenzen. Seine Vorgaben für den Treupflichtigen verlieren weitestgehend ihre Bedeutung. Der als Vermögensverwalter eingesetzte Treunehmer könnte das gesamte Vermögen des Treuherrn in Lotteriescheine investieren, ohne sich der Gefahr einer strafrechtlichen Ahndung auszusetzen. Denn zum Zeitpunkt des Erwerbs der Lotterielose sind diese den marktüblichen Anschaffungspreis wert und somit führt eine Saldierung nicht zu einem Schaden. Dieses Ergebnis ist für den Treugeber untragbar, da die von ihm gezogenen Grenzen im Innenverhältnis über das Merkmal des Nachteils faktisch bedeutungslos werden.

Im Folgenden wird untersucht, ob sich die subjektiven Präferenzen des Treugebers auch in dem wirtschaftlichen Wert eines Vermögensgegenstandes niederschlagen. Ein solches Ergebnis hätte den Vorteil, dass eine einheitliche Definition des Schadensbegriffes möglich ist, ohne dass es einer Korrektur durch einzelne Fallgruppen und Ausnahmeregelungen bedürfte. Hierzu widmen wir uns erneut der wirtschaftlichen Bewertung von Vermögensgegenständen.

Es wurde bereits gezeigt, dass die herrschende Ansicht den marktüblichen Preis als den objektiven Wert eines Vermögensgegenstandes ansieht. Bei der Untersuchung des Marktpreises konnte festgestellt werden, dass dieser von zahlreichen Faktoren wie Zeit und Ort abhängt. Eine wichtige Rolle

bei der Preisbildung spielt auch die Richtung des Verkaufs. So erhält ein Privatverkäufer bei dem Verkauf eines antiken Möbelstücks an ein Antiquariat weniger Geld als er für den Kauf des gleichen Möbelstücks bei dem Antiquariat bezahlen müsste. Dies begründet sich mit der Gewinnspanne, die der Händler auf den ursprünglichen Preis aufschlägt.⁵⁶⁹ Dabei kann der Preis, den der Privatverkäufer von dem Antiquar erhält, als Tauschwert beschrieben werden, es ist der Preis, den jeder erhalten kann, indem er den Gegenstand verkauft. Den Preis, den der Antiquar von seinen Kunden verlangt, kann hingegen als Nutzwert beschrieben werden, es ist der Preis, den derjenige bereit ist zu zahlen, der die entsprechende Sache auch nutzen möchte. Dieser Wert liegt naturgemäß über dem Tauschwert, da derjenige, der eine Sache nutzen möchte, bereit ist, mehr für eine Sache zu zahlen als derjenige, der keine Verwendung für sie hat.⁵⁷⁰ Hat eine Sache auf einer Umsatzstufe in Abhängigkeit von der Richtung des Verkaufs zwei Preise, so stellt sich die Frage, welcher Preis maßgeblich ist. Einerseits könnte auf den marktüblichen Anschaffungspreis und damit den Nutzwert abgestellt werden, andererseits könnte auf den marktüblichen Wiederverkaufspreis und damit den Tauschwert abgestellt werden. Die herrschende Meinung stellt stets auf den marktüblichen Anschaffungspreis ab, da dieser den objektiven-wirtschaftlichen Wert einer Sache widerspiegeln soll.⁵⁷¹

Vor dem Hintergrund eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffes ist es verfehlt, wenn zwingend der marktübliche Anschaffungspreis für die Schadensermittlung maßgeblich ist. Die rein objektive Bewertung eines Vermögensgegenstandes ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nur in den seltensten Fällen möglich.⁵⁷² Der Wert eines Vermögensgegenstandes hängt bei wirtschaftlicher Betrachtung auch davon ab, welchen Nutzen der Vermögensinhaber dem Vermögensgegenstand zuordnet.⁵⁷³ Auch der BGH sieht dies, wenn er formuliert, dass

„[...] die meisten Gegenstände nicht für alle Menschen den gleichen Vermögenswert haben, weil sie nicht für alle gleich brauchbar sind“.⁵⁷⁴

In der Konsequenz wendet der BGH dann die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag an. Der individuelle Schadenseinschlag ermöglicht der

Rechtsprechung im Einzelfall, die Fehler einer rein objektiven Wertermittlung zu korrigieren, dogmatisch kann er – wie bereits aufgezeigt⁵⁷⁵ – nicht überzeugen. Dennoch bedarf es einer Korrektur der rein objektiven Bewertung von Vermögensgegenständen, um einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff gerecht zu werden. Die Unterscheidung zwischen Nutzwert und Tauschwert eines Gegenstandes könnte der Schlüssel zum Erfolg sein.

e) Eigene Lösung zur Bestimmung des Wertes eines Vermögensgegenstandes

Es wurde bereits gezeigt, dass es neben dem marktüblichen Anschaffungspreis auch einen marktüblichen Wiederverkaufspreis gibt, welcher sich von Ersterem unterscheiden kann. Wird immer auf den marktüblichen Anschaffungspreis bei der Schadensberechnung abgestellt, zeugt dies von einem verfehlten Verständnis wirtschaftlicher Zusammenhänge. Der Vermögensinhaber wird einen Vermögensgegenstand nur dann zum marktüblichen Anschaffungspreis kaufen, wenn er ihn auch nutzen will.⁵⁷⁶ Möchte der Käufer einen Gegenstand nicht nutzen, wird er aus wirtschaftlichen Gründen nie mehr als den marktüblichen Wiederverkaufspreis für einen Vermögensgegenstand investieren. Denn dies ist der Preis, zu dem er die Sache wieder in Geld umsetzen kann. Der Wert einer Sache hängt somit auch von individuellen Präferenzen ab. Wird dies negiert, so wird nur der Vermögen akkumulierende Homo oeconomicus geschützt, und verkannt, dass Vermögen letztendlich generelle Handlungsmöglichkeiten vermittelt.⁵⁷⁷ Derjenige, der die Sache nicht nutzen möchte, stellt sie nur mit dem Tauschwert in sein Vermögen ein, wohingegen derjenige, der sie nutzt, diese auch mit dem – zumeist höheren – Nutzwert in sein Vermögen einstellt. Verfehlt wäre es auch hier, die objektive Brauchbarkeit des Gegenstandes als Kriterium zu verwenden, wie es die herrschende Lehre tut.⁵⁷⁸ Denn eine objektive Brauchbarkeit ist in zahlreichen Fällen nicht zu ermitteln. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht: Kauft die Großmutter eine Klassik-Schallplatte und bekommt stattdessen eine HipHop-CD, so kann sie diese nicht nutzen, da ihr schon das Gerät zum Abspielen der CD fehlt. Die Sache ist für sie nicht „brauchbar“.

Widerfährt das Gleiche der Mutter, welche bereits einen CD-Player besitzt, aber niemals HipHop hören würde, stellt sich die Frage, ob die Sache aus objektiver Sicht für die Mutter brauchbar ist. Die objektive Brauchbarkeit einer HipHop-CD zu ermitteln, dürfte ohne Kenntnis der subjektiven Präferenzen des CD-Eigentümers große Schwierigkeiten bereiten. Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass bei zahlreichen Konsumgütern die Brauchbarkeit allein von individuellen Präferenzen abhängt.⁵⁷⁹ Ein objektiver Beobachter kann hier nicht weiterhelfen, da der objektive Nutzen zahlreicher Konsumgüter nicht ermittelbar ist.⁵⁸⁰

Der wirtschaftliche Wert eines Gegenstandes hängt somit auch von der Person des Vermögensinhabers und seinen subjektiven Präferenzen ab. Dass dieser Grundsatz auch im Rechtssystem Berücksichtigung findet, zeigt ein Blick auf das Bilanzrecht. Das Bilanzrecht trägt dem subjektiven Willen des Unternehmers Rechnung, indem es zwischen Anlage- und Umlaufvermögen unterscheidet.⁵⁸¹ Als Anlagevermögen sind solche Gegenstände auszuweisen, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen (§ 247 HGB). Umlaufvermögen umfasst hingegen Vermögensgegenstände, deren Zweck in dem Verbrauch, der Weiterverarbeitung oder der Veräußerung liegt.⁵⁸² Ob ein Gegenstand dem Umlauf- oder dem Anlagevermögen zuzuordnen ist, hängt von dem subjektiven Willen des Unternehmers ab, wobei dieser sich an objektiven Merkmalen nachvollziehen und nach außen hin erkennen lassen muss. Dabei ist dem Unternehmer ein Ermessensspielraum für Zweifelsfälle eröffnet.⁵⁸³ Im Bilanzrecht ist somit primär die subjektive Widmung des Vermögensgegenstandes durch den Unternehmer für die Einordnung in das Anlage- oder Umlaufvermögen maßgeblich. Von der Qualifizierung als Anlage- oder Umlaufvermögen hängt auch die Art der Bilanzierung und somit der bilanzrechtliche Wert des Vermögensgegenstandes ab.

Für das Anlagevermögen ist der Beschaffungsmarkt maßgeblich.⁵⁸⁴ Bilanzrechtlich wird ein Vermögensgegenstand des Anlagevermögens folglich mit den Wiederbeschaffungskosten in der Bilanz angesetzt.⁵⁸⁵ Stellt man auf den für das Strafrecht maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs ab, sind die Wiederbeschaffungskosten identisch mit dem Marktpreis, da zu diesem Zeitpunkt der entsprechende Vermögensgegenstand zu dem Marktpreis wiederbeschafft werden könnte. Wurde bei dem Geschäft also

der Marktpreis gezahlt, so liegt ein wirtschaftlich ausgeglichenes Geschäft vor. Ein strafrechtlich relevanter Vermögensnachteil ist dann nicht gegeben.

Für das Umlaufvermögen hängt der maßgebliche Markt davon ab, wozu der Gegenstand verwendet werden soll.⁵⁸⁶ Handelt es sich um einen Vermögensgegenstand, der verkauft werden soll, ist der Absatzmarkt maßgeblich.⁵⁸⁷ Kann der Vermögensgegenstand nur mit Verlust verkauft werden, sind folglich nicht die Anschaffungskosten, sondern der niedrigere zu erwartende Veräußerungserlös in der Bilanz anzusetzen.⁵⁸⁸ Aus strafrechtlicher Sicht ist also zu fragen, zu welchem Preis ein Vermögensgegenstand des Umlaufvermögens zum Zeitpunkt des Kaufs weiterveräußert werden kann. Ist der zu erwartende Veräußerungserlös höher oder gleich dem Anschaffungspreis, liegt kein Vermögensnachteil vor. Steht aber bereits zum Zeitpunkt des Kaufs fest, dass nur ein geringerer Preis erzielt werden kann, so liegt ein Vermögensnachteil vor.

Die bilanzrechtliche Regelung sei an einem Beispiel verdeutlicht: Der vermögensbetreuungspflichtige Prokurist eines Taxiunternehmens muss neue Fahrzeuge für den Taxifuhrpark kaufen. Er kauft bei einem Autohändler zwei neue, bis auf die Farbe, identische Fahrzeuge. Das eine Fahrzeug ist in der für Taxis in dieser Region vorgeschriebenen Farbe Beige lackiert, während das andere in Hellgrün lackiert ist. Das beige Fahrzeug kann von dem Taxiunternehmen als Taxi benutzt werden und dient somit dauerhaft dem Geschäftsbetrieb. Es ist folglich als Anlagevermögen mit dem vollen Anschaffungspreis in die Bilanz einzustellen. Das grüne Fahrzeug kann das Taxiunternehmen nicht verwenden, da es verpflichtet ist, beige Fahrzeuge zu nutzen. Es kann von dem Taxiunternehmen nur in Form einer Veräußerung verwertet werden. Bilanzrechtlich ist das Auto dem Umlaufvermögen zuzurechnen, da es veräußert werden soll. Kann das Fahrzeug nur mit Verlust weiterveräußert werden, ist nicht der Anschaffungspreis, sondern der geringere Wiederverkaufspreis in der Bilanz anzusetzen.⁵⁸⁹ Der Anschaffungspreis ist dann mittels einer außerordentlichen Teilwertabschreibung in der Bilanz zu korrigieren.⁵⁹⁰ Der Kauf des hellgrün lackierten Fahrzeugs hat folglich zu einem Vermögensnachteil geführt, wohingegen das beige Fahrzeug keinen Nachteil verursacht hat.

Das Beispiel zeigt, dass der Wert eines Vermögensgegenstandes im Bilanzrecht gerade auch von individuellen Interessen des Vermögensinhabers abhängt. Zugleich macht das Bilanzrecht deutlich, dass auch eine Berücksichtigung individueller Wertungen nicht zu einer Aufgabe der wirtschaftlichen Bewertung von Vermögensgegenständen führen muss. Vielmehr kann auch ein individuell wertloser Vermögensgegenstand noch mit seinem Tauschwert im Vermögen angesetzt werden. Denn diesen Wert hat der Vermögensgegenstand selbst für denjenigen, der ihn nicht nutzen möchte.⁵⁹¹

Der Wert eines Vermögensgegenstandes ist somit entweder mit dem marktüblichen Anschaffungspreis oder mit dem marktüblichen Wiederverkaufspreis anzusetzen. Welcher Wert maßgeblich ist, hängt von der subjektiven Vorstellung des Vermögensinhabers ab. Möchte er die Sache nutzen, ist der marktübliche Anschaffungspreis der Wert des Vermögensgegenstandes. Möchte er die Sache nicht nutzen, ist der marktübliche Wiederverkaufspreis der Wert des Vermögensgegenstandes.

Die Prüfung eines Nachteils erfolgt somit in drei Schritten. Zunächst ist der erlangte Vermögensgegenstand auf Basis des Nutzwertes, welcher anhand des marktüblichen Anschaffungspreises ermittelt wird, in die Saldierung einzustellen. Ergibt sich bei dieser Saldierung bereits ein negativer Saldo, so liegt ein Nachteil vor. Sind die Leistungen hingegen gleichwertig, ist zu fragen, ob der Vermögensinhaber den Vermögensgegenstand nutzen möchte. Ist dies nicht der Fall, bedarf es einer zweiten Saldierung, bei welcher der Tauschwert des Vermögensgegenstandes in die Saldierung eingestellt wird. Ergibt sich auch hier kein negativer Saldo, liegt endgültig kein Nachteil vor.

f) Einwände gegen die Maßgeblichkeit des Tauschwertes für das Strafrecht

Am individuellen Schadenseinschlag wird kritisiert, durch ihn werde das Schutzgut der Untreue vertauscht und faktisch die Dispositionsfreiheit anstatt des Vermögens geschützt.⁵⁹² Auch wenn der Tauschwert herangezogen wird, scheint die Dispositionsfreiheit über den Nachteil in den Tatbestand der Untreue hineingetragen zu werden. Schließlich hängt es von der subjektiven Präferenz des Käufers ab, ob der Tauschwert maßgeblich ist oder nicht. Dennoch wird bei Bewertung einer Sache

anhand des Tauschwertes nicht allein die Dispositionsmacht geschützt. Im Gegensatz zu der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag werden die Forderungen allein anhand wirtschaftlicher Maßstäbe bewertet, eine Fallgruppenbildung oder durch Kasuistik geprägte Ausnahmeregelungen sind nicht erforderlich. Die Bewertung der Vermögensgegenstände orientiert sich allein an wirtschaftlichen Grundsätzen, namentlich der – meistens bestehenden – Differenz zwischen marktüblichem Anschaffungs- und marktüblichem Wiederverkaufspreis. Dies zeigt sich vor allem in solchen Fällen, in denen der Wiederverkaufspreis nicht unterhalb des Anschaffungspreises liegt. In solch einem Fall scheidet eine Strafbarkeit aufgrund des fehlenden Differenzschadens aus. Kauft beispielsweise der Bankmitarbeiter als Treunehmer entgegen seinen Pflichten ein Gemälde eines berühmten Künstlers, scheidet ein Vermögensnachteil aus, wenn der marktübliche Wiederverkaufspreis nicht unter dem Anschaffungspreis liegt. Die subjektiven Interessen des Opfers werden im Rahmen dieser Ansicht allein bei der Frage berücksichtigt, ob auf den marktüblichen Anschaffungspreis oder den marktüblichen Wiederverkaufspreis abzustellen ist. Die sonstige Situation des Opfers bleibt außen vor. Es kommt nicht darauf an, ob das Opfer sich „geschädigt fühlt“, ob ein besonderes Affektionsinteresse an dem Vermögensgegenstand besteht, ob das Geschäft das Opfer zu vermögensschädigenden Maßnahmen zwingt oder ihm nicht mehr die Mittel zu einer angemessenen Lebensführung zur Verfügung stehen.⁵⁹³ Der Unterschied zum herrschenden objektiv-individuellen Schadensbegriff besteht hauptsächlich in der wirtschaftlichen Bewertung der Vermögensgegenstände. Nach dem objektiv-individuellen Schadensbegriff wird zunächst versucht, einen objektiven-wirtschaftlichen Wert zu ermitteln. Die hier vertretene Ansicht orientiert sich stärker an der Erkenntnis, dass der Wert eines Vermögensgegenstandes bis zu einem gewissen Grad auf den Interessen des Vermögensinhabers beruht. Der Nachteil hängt somit allein von einer wirtschaftlichen Bewertung der Vermögensgegenstände ab.

Ein weiterer Einwand könnte sich aus der Identität des Nachteilsbegriffes der Untreue mit dem Schadensbegriff beim Betrug ergeben. Aus Sicht des Betrugstäters könnte die fehlende Kenntnis über die subjektiven Präferenzen der Maßgeblichkeit des Tauschwertes entgegenstehen. Denn in der Mehrzahl der Fälle ist es dem Täter unbekannt, ob und wie der

Käufer die Sache nutzen möchte. Die subjektiven Interessen des Käufers sind regelmäßig für das Geschäft nicht von Belang. Ist in solch einem Fall der Tauschwert maßgeblich, hängt die Strafbarkeit von der inneren Vorstellung des Opfers ab und ist für den Täter nicht vorhersehbar. Wie *Hefendehl* zutreffend feststellt, kann es im Rahmen eines Betruges nur dann auf die subjektiven Vorstellungen des Käufers ankommen, wenn diese zugleich Bestandteil des Vertrages geworden sind.⁵⁹⁴ Namentlich müssen sie als vorausgesetzte Zwecke in den Vertrag Eingang gefunden haben. Andernfalls sind diese Zwecke für den Vertrag irrelevant. Allerdings scheitert ein Betrug dann nicht schon am Schaden.⁵⁹⁵ Denn, ob der Vermögensgegenstand mit seinem Tauschwert oder mit seinem Nutzwert in das Vermögen des Opfers einzustellen ist, hängt allein davon ab, ob das Opfer ihn nutzen möchte oder nicht. Der Nachteil liegt somit unabhängig von der Kenntnis des Täters vor. Denn der Nachteil entsteht dem Opfer auch unabhängig von der Kommunikation seiner subjektiven Präferenzen. Der Betrug scheitert aber auf der Ebene des Vorsatzes, da der Täter nicht erkennen konnte, dass das Opfer die Sache nicht nutzen wollte oder konnte und mithin davon ausgehen durfte, dass der Nutzwert für das Opfer maßgeblich ist. Bei der Untreue wird dieses Problem selten relevant, da dem Treunehmer die subjektiven Präferenzen des Treugebers regelmäßig bekannt sind.⁵⁹⁶

Auch dem Vorwurf, die hier vertretene Ansicht würde die Strafbarkeit ausweiten, ist entschieden entgegenzutreten. Zunächst verbietet die hier vertretene Ansicht eine Berücksichtigung der individuellen Vermögenssituation des Opfers. Somit sind die beiden Fallgruppen des individuellen Schadenseinschlages, welche den Schaden von der Vermögenslage des Opfers abhängig machen, nach der hier vertretenen Ansicht straffrei. Zudem muss der Täter wissen, dass das Opfer die Sache nicht nutzen will. Letztendlich macht die vertretene Ansicht es nicht zur Voraussetzung, dass die Sache unproblematisch weiterveräußert werden kann. Soweit der marktübliche Wiederverkaufswert nicht unter dem marktüblichen Anschaffungspreis liegt, fehlt es an einem Nachteil. Ob etwas unproblematisch veräußert werden kann, ist hingegen unerheblich. So wird eine weitere Unsicherheit aus dem Schadensbegriff eliminiert. Zu berücksichtigen ist, dass der marktübliche Anschaffungspreis und der marktübliche Wiederverkaufspreis in die Saldierung einzustellen sind und

nicht der tatsächliche Anschaffungs- oder Wiederverkaufspreis. Andernfalls wäre ein geschickter Händler, der regelmäßig gute Preise über dem marktüblichen Anschaffungspreis erzielt, im Nachteil, denn erst sein Verkaufstalent führt zu einem Nachteil beim Opfer. Auch dies ist eine weitere Restriktion gegenüber der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag.

Die Maßgeblichkeit des marktüblichen Wiederverkaufswertes führt beispielsweise dazu, dass in den Fällen, in denen über die Kilometerleistung eines Gebrauchtwagens getäuscht wird, der Gebrauchtwagen aber sein Geld wert ist, selten ein Nachteil vorliegt. Denn bei einem Gebrauchtwagenkauf – zumindest unter Privaten – ist der marktübliche Anschaffungswert zumeist mit dem marktüblichen Wiederverkaufswert identisch. Eine Ausweitung der Strafbarkeit ist somit nicht gegeben.

3. Besonderheiten bei der Bankenuntreue

Bei der Bankenuntreue geht es immer um die Bewertung der Rückzahlungs- und Zinsforderungen. Dabei stellt sich das Problem, wie sich die Gefährdung dieser Forderungen auf ihren Wert niederschlägt.

a) Bewertung anhand des Bilanzwertes

Zunächst ist fraglich, wie die Forderungen gegen den Kreditnehmer zu bewerten sind. Der Wert der Forderung kann aufgrund des Risikos eines Forderungsausfalls geringer sein als der Nominalwert der Forderung. Rechtsprechung und die Literatur sind der Frage, wie genau die Forderungen zu bewerten sind, lange ausgewichen. Mit Umschreibungen der Gefahr sollte die Grenze aufgezeigt werden, ab wann die Möglichkeit des Vermögensverlustes in einen tatsächlichen Gefährdungsschaden umschlägt beziehungsweise ab wann eine hinreichende Gefährdung vorlag, um einen Nachteil anzunehmen.⁵⁹⁷ Nur vereinzelt wurde versucht, anhand betriebswirtschaftlicher Methoden die Vermögenslage zu bestimmen. Die verschiedenen Ansätze zur Bewertung von Forderungen hat *Hefendehl* intensiv untersucht.⁵⁹⁸ *Hefendehl* möchte anhand eines bilanzrechtlichen Ansatzes die Frage des Nachteils besser konkretisieren.⁵⁹⁹ Werden Kreditvergaben aus einer bilanzrechtlichen

Sicht untersucht, zeigt sich, dass bereits die Kreditvergabe zu einem untreuerelevanten und in Geld bezifferbaren Nachteil führt.

Bei der Vergabe eines Kredites korreliert die Zinshöhe mit den gestellten Sicherheiten und dem Risiko eines Forderungsausfalls.⁶⁰⁰ Je höher das Risiko eines Forderungsausfalls und je weniger Sicherheiten vorhanden sind, desto höher ist auch der Zinssatz des Kredites.⁶⁰¹ Im Regelfall sind die Summe der Rückzahlungs- und Zinsansprüche und der ausgekehrte Kredit aus wirtschaftlicher Sicht gleichwertig.⁶⁰² Das Risiko des Forderungsausfalls wird über die in der Summe höheren Rückzahlungs- und Zinsansprüche ausgeglichen. Diese wirtschaftliche Gleichwertigkeit wird gestört, sobald ein geringeres Risiko bei der Berechnung der Zinshöhe angesetzt wurde, als tatsächlich bestand. Denn dann wird ein niedrigerer Zins berechnet, als er bei dem tatsächlich höheren Risiko angemessen wäre. In einem solchen Fall müssen aus bilanzrechtlichen Gründen die Rückzahlungs- und Zinsansprüche wertberichtigt werden.⁶⁰³ Zu einer solchen Wertberichtigung ist jeder Kaufmann nach § 253 Absatz 3 HGB verpflichtet.⁶⁰⁴ Werden nun die Forderungen der Bank mit dem ausgereichten Kredit saldiert, so ergibt sich ein negativer Saldo zu Lasten der Bank. Bereits zum Zeitpunkt der Kreditvergabe hat die Bank mithin einen wirtschaftlichen Nachteil erlitten. Da der Bankmitarbeiter für nachträglich eintretende Umstände nicht haftbar gemacht werden kann und soll, sind spätere Wertberichtigungen aus strafrechtlicher Sicht unerheblich.⁶⁰⁵ Nur soweit bereits zum Zeitpunkt der Kreditvergabe die Rückzahlungs- und Zinsansprüche minderwertig waren, führt auch die Saldierung der Vermögenswerte von Anfang an zu einem negativen Ergebnis.⁶⁰⁶ Dann ist das Vermögen der Bank aber nicht nur gefährdet, sondern aufgrund der notwendigen Wertberichtigungen von Anfang an geschädigt. Der Gefährdungsschaden stellt dann einen „richtigen“ Schaden dar.

Der Vorteil des bilanzrechtlichen Ansatzes ist in der Verbindung von betriebswirtschaftlichen und juristischen Methoden zu sehen. Maßgeblich für den Wert einer Forderung ist ihr Bilanzwert. Wie diese Forderungen bilanzrechtlich zu bewerten sind, ist wiederum im Bilanzrecht geregelt. Die Forderung hat demnach einen geringeren Wert, wenn die Situation eine Wertberichtigung oder eine Teilwertabschreibung erfordert.⁶⁰⁷ Eine

Minderbewertung bedarf dabei einer objektiven Rechtfertigung. Diese bestimmt sich aus bilanzrechtlicher Sicht nach der Maßgabe, wie ein vorsichtig bewertender Kaufmann gehandelt hätte.⁶⁰⁸

Der Ansatz *Hefendehls*, bilanzrechtliche Regelungen für die Konkretisierung des Nachteils heranzuziehen, ist begrüßenswert, da er zu mehr Rechtssicherheit führt und Leerformeln vermeidet. Das Bilanzrecht stellt eine Normierung der Bewertung von Vermögensgegenständen dar und scheint mithin prädestiniert für die Bewertung von Vermögensmassen aus strafrechtlicher Sicht. Denn das Bilanzrecht kodifiziert die Bewertung von Vermögensgegenständen, indem es betriebswirtschaftliche Verfahren für die Bewertung von Vermögensgegenständen festlegt. Hierdurch kann die für das Strafrecht notwendige Rechtssicherheit erreicht werden, ohne auf eine wirtschaftliche Bewertung der Vermögensgegenstände verzichten zu müssen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass für den privaten Bereich ein bilanzrechtlicher Ansatz nur bedingt tauglich ist, da für diesen Bereich keine bilanzrechtlichen Regelungen bestehen. Fraglich ist auch, ob die Bewertungsmaßstäbe des Bilanzrechts eins zu eins in das Strafrecht übertragen werden sollten beziehungsweise welche bilanzrechtliche Bewertung für das Strafrecht relevant ist. So gilt bilanzrechtlich das Vorsichtsprinzip. Das heißt, es ist nach dem Maßstab eines *vorsichtig* agierenden Kaufmannes zu bewerten. Dies führt zu einem frühzeitigen Eingriff des Strafrechts: Bei strenger Akzessorietät zum Bilanzrecht müsste der Maßstab des vorsichtig bewertenden Kaufmannes auch auf das Strafrecht übertragen werden. Ein vorsichtig bewertender Kaufmann handelt nach dem Prinzip, Forderungen immer zu dem niedrigsten Wert und Schulden immer zu dem höchsten Wert einzustellen.⁶⁰⁹ Somit wird ein vorsichtiger Kaufmann Forderungen regelmäßig schneller im Wert berichtigen oder abschreiben als ein normaler oder mutiger Kaufmann. Erst die Wertberichtigung oder Abschreibung führt aber zu einem negativen Saldo aus Sicht des Vermögensinhabers und somit zu einem untreuerelevanten Nachteil. Damit wird der strafrechtliche Schutz stark nach vorn verlagert. Diese Vorverlagerung der Strafbarkeitsschwelle widerspricht dem Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts, wonach der Einsatz des Strafrechts nur in besonders gravierenden Fällen legitim ist. Dies ist sicher nicht der Fall, wenn ein Nachteil schon dann angenommen wird, wenn ein vorsichtiger Kaufmann einen solchen annehmen würde.

Maßgeblich ist also nicht, wann ein besonders vorsichtiger Kaufmann die Forderung mit einem minderen Wert angesetzt hätte. Vielmehr darf eine Forderung erst dann mit einem minderen Wert angesetzt werden, wenn jedes bilanzrechtlich anerkannte Bewertungsverfahren eine Wertberichtigung erfordert. Bewertungsspielräume beim Erstellen einer Bilanz müssen zu Gunsten des Angeklagten ausgenutzt werden und soweit Zweifel bei der zivilrechtlichen Auslegung bestehen ist stets die für den Angeklagten günstigste Auslegung maßgeblich. So kann eine Forderung auch dann noch als gleichwertig anzusehen sein, wenn andere bilanzrechtliche Ansätze die Forderung zu einem höheren Wert in das Vermögen einstellen würden. In Betracht kommt hier insbesondere eine Bewertung anhand des „Fair-Value-Prinzips“, welches im amerikanischen und internationalen Bilanzrecht das maßgebliche Prinzip ist.⁶¹⁰

Die Rückzahlungs- und Zinsansprüche sind mithin nach bilanzrechtlichen Regeln zu bewerten, maßgeblich ist die aus strafrechtlicher Sicht günstigste Bewertung der Forderungen, welche bilanzrechtlich noch zulässig ist. Nur so können die strafrechtlichen Wertungen hinreichend Berücksichtigung finden, und der Bereich der Strafbarkeit wird nicht zu weit ausgedehnt.

b) Konsequenzen des Nachteilsbegriffes für die Bankenuntreue

Fraglich ist, ob der hier entwickelte Ansatz auch auf die Bankenuntreue übertragen werden kann und welche Konsequenzen sich hieraus ergeben.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Bilanzierung bei Banken von einer Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen und insbesondere europarechtlichen Regelungen geprägt ist.⁶¹¹ So gilt für kapitalmarktorientierte Mutterunternehmen die Verpflichtung zur Bilanzierung anhand der IAS (International Accounting Standards), welche besondere Regelungen für Banken aufstellen.⁶¹² Zudem findet sich im HGB ein eigener Abschnitt, welcher Sonderregeln zur Bilanzierung für Kreditinstitute aufstellt. Auch nach den IAS bestehen jedoch unterschiedliche Möglichkeiten der Bewertung einer Forderung in Abhängigkeit von den Absichten des Unternehmens. So werden Kredite und Forderungen regelmäßig der entsprechenden Kategorie zugeordnet und folglich spezielle Bewertungsverfahren angewandt. Eine andere Art

der Bilanzierung ist aber dann vorzunehmen, wenn das Unternehmen eine sofortige oder kurzfristige Veräußerung der entsprechenden Forderung plant.⁶¹³ Auch kann das Unternehmen freiwillig anhand des Zeitwertes bilanzieren, was ebenfalls dazu führt, dass die Kreditforderung nicht mehr als solche bilanziert werden darf.⁶¹⁴ Somit bestehen auch innerhalb der IAS Möglichkeiten, die Kreditforderungen in Abhängigkeit von der Nützlichkeit des Kredites für das jeweilige Unternehmen unterschiedlich zu bilanzieren. Die Sonderregelungen zur Bilanzierung für Kreditinstitute lassen somit ebenfalls eine Unterscheidung in Nutzwert und Tauschwert in Abhängigkeit von den Präferenzen des Unternehmens zu.

Fraglich ist weiterhin, welche Konsequenzen die Anwendung der entwickelten Lösung auf die Fallkonstellation der Bankenuntreue hat. Diese sollen im Folgenden untersucht werden.

Ist ein Gefährdungsschaden bereits bei Saldierung des (höheren) Nutzwertes der Ansprüche gegen den Kreditnehmer mit dem ausgereichten Darlehen gegeben, muss nicht gefragt werden, ob der Nutz- oder der Tauschwert maßgeblich ist. Es liegt dann bereits ein Schaden in Form des Gefährdungsschadens vor. Ergibt die Saldierung hingegen einen positiven Saldo, muss gefragt werden, ob aufgrund der Pflichtverletzung ausnahmsweise der Tauschwert beziehungsweise der Wiederverkaufswert der Rückforderungs- und Zinsansprüche maßgeblich ist.

Der Tauschwert ist maßgeblich, wenn der Kredit entgegen den subjektiven Präferenzen des Vermögensinhabers vergeben wurde. Die Risikopräferenzen bei der Bankenuntreue ergeben sich aus dem Innenverhältnis zwischen dem Treugeber und dem Treunehmer.⁶¹⁵ Dieses wird mittels institutsinternen Satzungen, dem Arbeitsvertrag und sonstigen bankinternen Regelungen konkretisiert. Der Treunehmer ist aufgrund des Innenverhältnisses verpflichtet, gemäß dieser Risikopräferenzen des Treugebers zu handeln. Tut er dies nicht, *kann* die Forderung zu dem marktüblichen Wiederverkaufswert in das Vermögen einzustellen sein.

Verfehlt wäre es aber, bei jedem Verstoß gegen das Innenverhältnis gleich auf den Tauschwert der Forderungen abzustellen. Denn ein Verstoß gegen das Innenverhältnis führt nicht zwingend dazu, dass der Treugeber den entsprechenden Vermögensgegenstand nicht nutzen möchte beziehungsweise ein Verstoß gegen die Risikopräferenzen des jeweiligen

Kreditinstitutes vorliegt. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht:

Der Bankmitarbeiter vergibt einen Kredit unter Verstoß der für ihn geltenden Kreditobergrenze. Eine Pflichtverletzung liegt somit vor. Der Kredit ist, abgesehen von dem Verstoß gegen die Kreditobergrenze, ordnungsgemäß vergeben worden.

Folglich ist das Geschäft wirtschaftlich ausgeglichen, wenn der Nutzwert zugrunde gelegt wird. Würde nun aufgrund der Pflichtverletzung direkt auf den Tauschwert der Forderung abgestellt, bliebe außer Acht, dass ein entsprechender Kredit von einem anderen – hierarchisch höher stehenden – Bankmitarbeiter hätte vergeben werden dürfen. Solange dies gegeben ist, entspricht der Kredit noch der Risikopräferenz der Bank und ist somit zum Nutzwert anzusetzen. Erst wenn kein Mitarbeiter der Bank den konkreten Kredit hätte vergeben dürfen, entspricht dieser Kredit nicht mehr den für dieses Kreditinstitut geltenden Risikopräferenzen. Erst dann ist der Kredit auch zum Tauschwert einzustellen, da erst jetzt die Bank den Kredit nicht mehr selbst nutzen kann. Sie wird nun versuchen, den entsprechenden Kredit zu veräußern. Kredite welche unter Verstoß gegen Kompetenzgrenzen vergeben wurden, welche ansonsten aber ordnungsgemäß sind, entsprechen somit trotz Verstoß gegen das Innenverhältnis noch der Risikopräferenz der Bank. Folglich wird die Bank solche Kredite regelmäßig nicht verkaufen und der entsprechende Kredit ist mit seinem Nutzwert in die Saldierung einzustellen. Bei der Bankenuntreue ist somit nur dann auf den Tauschwert abzustellen, wenn kein Mitarbeiter der Bank einen entsprechenden Kredit hätte vergeben dürfen. Relevant ist dies vor allem bei hochriskanten Krediten und besonders hohen Krediten an Einzelschuldner.

Liegt einer der wenigen Fälle vor, in welchem der Tauschwert der Forderungen maßgeblich ist, ist damit noch nicht gesagt, dass auch ein Schaden vorliegt. Dies ist nur der Fall, wenn der Tauschwert der Rückzahlungs- und Zinsansprüche weniger wert ist als die ausgereichte Darlehensvaluta. Solange für die Forderungen auf Rückzahlung und Zinsen die Summe des ausgereichten Darlehens erlangt werden kann, liegt kein Vermögensnachteil vor. Gerade bei einem Verstoß gegen eine Kreditobergrenze, bei ansonsten einwandfreier Kreditvergabe, dürfte der Tauschwert des Kredites nur geringfügig unter dem Nutzwert liegen. Dies begründet sich damit, dass der Kredit an sich einwandfrei ist. Nur

aufgrund des hohen Kreditvolumens ist das Einzelrisiko für die Bank zu groß. Für eine größere Bank bereitet ein entsprechender Kredit jedoch keine Probleme. Solange der Tauschwert des Kredites noch höher ist als die Summe des Kredites, liegt somit kein Vermögensnachteil vor.

4. Gesamtbetrachtung als Restriktionsansatz

Grundsätzlich wird bei der Saldierung nur der unmittelbare Wert der Rückzahlungs- und Zinsforderungen eingestellt. Eine Abweichung von diesem Grundsatz stellt die Gesamtbetrachtung dar, welche bei Vorliegen eines wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplans angewandt wird. Gerade im Rahmen von Sanierungskrediten kann diese abweichende Nachteilsberechnung angezeigt sein. Denn trotz der Minderwertigkeit der Rückzahlungs- und Zinsforderungen im Vergleich zu dem ausgereichten Darlehen kann es an einem Nachteil fehlen. Dies ist auf eine Gesamtbetrachtung des Geschäftes zurückzuführen. Bei Sanierungskrediten ist eine solche Gesamtbetrachtung erforderlich, um alle wirtschaftlichen Auswirkungen des Kredites richtig erfassen zu können. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht: Ein Unternehmen, welches bereits zahlreiche Kredite einer Bank erhalten hat, steht kurz vor der Insolvenz. Bei einer Insolvenz wäre ein Großteil der Forderungen der Bank uneinbringbar. Das Unternehmen hat einen erfolgsversprechenden Sanierungsplan vorgelegt, zu dessen Durchführung es einen weiteren Kredit benötigt. Die Bank müsste bei einer einzelfallbezogenen Betrachtung auf eine Kreditvergabe verzichten. Das hohe Risiko und die fehlende Gleichwertigkeit von Darlehensvaluta und Forderungen stehen einer Kreditvergabe im Wege. Das Unternehmen würde somit sicher Insolvenz anmelden, und die Altkredite würden zu einem großen Teil ausfallen. Bei einer Gesamtbetrachtung können auch die Altkredite berücksichtigt werden. Denn die Vergabe des neuen Kredites erhöht die Chance der Sanierung des Unternehmens, da ein wirtschaftlich vernünftiger Gesamtplan vorliegt. Steigt die Chance der Gesundung des Unternehmens, so werden auch die bereits wertberichtigten oder abgeschriebenen Forderungen aus den Altkrediten wieder werthaltig. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung können auch diese Vorteile des Kreditengagements berücksichtigt werden. Folglich kann die Vergabe des Sanierungskredites letztlich ein wirtschaftlich vorteilhaftes Geschäft für

die Bank sein.

Die Gesamtbetrachtung ist vom BGH inzwischen anerkannt und wird von der Literatur weitestgehend begrüßt.⁶¹⁶ Dabei prüft der BGH häufig bereits bei der Pflichtwidrigkeit, ob eine Gesamtbetrachtung die Pflichtwidrigkeit entfallen lassen kann, dies soll insbesondere der Fall sein, wenn ein wirtschaftlich vernünftiger Gesamtplan vorliegt.⁶¹⁷ Fraglich ist nun, ob die Gesamtbetrachtung bei der Pflichtwidrigkeit oder beim Nachteil zu verorten ist. Richtigerweise kann die Gesamtbetrachtung sowohl beim Nachteil als auch bei der Pflichtwidrigkeit eine Rolle spielen. Grundsätzlich entfällt bereits die Pflichtwidrigkeit, wenn eine Gesamtbetrachtung ergibt, dass aufgrund eines wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplans auch ein hochriskanter Sanierungskredit im Interesse der Bank ist. Liegt aber ausnahmsweise ein Fall vor, bei dem, trotz eines wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplans, die Kreditvergabe pflichtwidrig ist, etwa aufgrund von Überschreitung von Kompetenzpflichten, so wirkt sich die Gesamtbetrachtung erst beim Nachteil aus. In die Saldierung der Vermögenswerte sind dann auch die sonstigen wirtschaftlichen Auswirkungen der Kreditvergabe mit einzustellen. Hierzu gehört vor allem die Aufwertung bereits abgeschriebener Forderungen.⁶¹⁸

5. Fazit zum Nachteil

Für den Nachteil bei der Bankenuntreue ist auf den Zeitpunkt der Kreditvergabe abzustellen. Somit kann immer nur ein Gefährdungsschaden als Nachteil in Betracht kommen. Ein solcher liegt vor, wenn die Forderungen gegenüber dem Kreditnehmer bereits zum Zeitpunkt der Kreditvergabe minderwertig waren. Hierfür sind die Forderungen aus dem Kreditvertrag mit den Darlehensvaluta zu saldieren. Nur wenn die Saldierung zu einem negativen Saldo führt, liegt ein Vermögensnachteil vor. Schwierigkeiten bereitet vor allem die Bewertung der Forderungen. Um eine möglichst genaue Bewertung der Forderungen zu erhalten, ist auf einen bilanzrechtlichen Ansatz abzustellen. Bevor der Wert der Forderungen ermittelt werden kann, ist zudem zu fragen, ob die Forderungen mit ihrem Tauschwert oder mit ihrem Nutzwert einzustellen sind. Erst in einem zweiten Schritt ist dann der Wert der Forderungen zu ermitteln.

Die hier vertretene Ansicht weicht von dem herrschenden objektiv-individuellen Schadensbegriff ab, da sie die Berücksichtigung individueller Interessen nicht von Fallgruppen oder der Vermögenslage des Opfers abhängig macht. Wirtschaftliche Gesichtspunkte rücken bei der Ermittlung des Schadens wieder in den Mittelpunkt. Dabei wird der Fehler vermieden, den Wert eines Vermögensgegenstandes aus der Sicht eines Vermögen akkumulierenden Homo oeconomicus zu bestimmen.⁶¹⁹ Bei der Bewertung des Vermögens wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich der Wert eines Vermögensgegenstandes nicht ohne Berücksichtigung der Bedürfnisse und Präferenzen des jeweiligen Vermögensinhabers feststellen lässt.⁶²⁰ Die Wertermittlung eines Vermögensgegenstandes erfolgt somit unter Berücksichtigung individueller Interessen, ohne dabei betriebswirtschaftliche Methoden außer Acht zu lassen. Dieses Verständnis des Schadensbegriffes führt zu einer Begrenzung des objektiv-individuellen Schadensbegriffes, da es nicht mehr von der Vermögenslage des Opfers abhängt, ob ein Nachteil gegeben ist. Auch bei fehlender subjektiver Nützlichkeit wird erst ein Schaden angenommen, wenn der marktübliche Wiederverkaufswert unter dem marktüblichen Anschaffungspreis liegt, nicht schon, wenn ein Wiederverkauf schwierig ist.

Bei der Bankenuntreue führt die hier vertretene Ansicht zu einer Berücksichtigung des Innenverhältnisses zwischen Treunehmer und Treugeber. Dabei wird der Fehler vermieden, von der Pflichtwidrigkeit auf den Schaden zu schließen. Vielmehr ist der Schaden stets eigenständig zu prüfen. Diese Ansicht erlaubt eine bessere Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Begebenheiten und vermeidet Ungereimtheiten des Schadensbegriffes.

III. Vorsatz

Der subjektive Tatbestand der Untreue unterscheidet sich prinzipiell nicht von anderen Vorsatzdelikten. Ausreichend für die Erfüllung des Tatbestandes ist Dolus eventualis, darüber hinaus kann der Tatbestand auch mit Dolus directus ersten und zweiten Grades erfüllt werden.

1. Restriktion des Tatbestandes mittels strengerer Anforderungen an den

Vorsatz

Die Rechtsprechung versucht der uferlosen Weite des Untreuetatbestandes über gesteigerte Anforderungen an den Vorsatz Herr zu werden.⁶²¹ So soll bei der Untreue eine besonders sorgfältige Prüfung der inneren Tatseite erforderlich sein, und es sind strenge Anforderungen an den Vorsatz zu stellen. Dies gilt vor allem bei bloß bedingtem Vorsatz und bei uneigennützigem Handeln des Täters.⁶²² In solchen Fällen müsse der Interessenlage und den Motiven des Täters hinreichend Rechnung getragen werden.⁶²³ Noch weiter geht der 2. Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung zum Fall Kanther:⁶²⁴ Demnach muss der subjektive Tatbestand bei Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung begrenzt werden.⁶²⁵ Konkret verlangt der Senat,

„[...] dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der *Realisierung* dieser Gefahr [...]“.⁶²⁶

Andernfalls sei die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch Anerkennung eines Gefährdungsschadens rechtsstaatlich bedenklich.⁶²⁷ Ohne die Restriktion bestehe die Gefahr, den Tatbestand der Untreue zu einem bloßen Gefährdungsdelikt auszuweiten.⁶²⁸ Diese Interpretation des subjektiven Untreuetatbestandes hat der 2. Strafsenat in einem weiteren Urteil bestätigt⁶²⁹ und auch der 5. Strafsenat ist dieser Ansicht beigetreten.⁶³⁰ Damit hat der 2. Strafsenat den subjektiven Tatbestand der Untreue faktisch um ein weiteres Merkmal ergänzt. Liegt ein Gefährdungsschaden vor, reicht bloßer Vorsatz in Bezug auf den Gefährdungsschaden nicht aus. Vielmehr muss in einem solchen Fall auch der endgültige Verlust des Vermögensgegenstandes gebilligt werden. Neben dem Vorsatz in Hinblick auf den objektiven Tatbestand bedarf es also noch der Billigung des endgültigen Vermögensverlustes in denjenigen Fällen, in denen nur ein Gefährdungsschaden vorliegt. Die Untreue wird so zu einem Delikt mit überschießender Innentendenz ähnlich dem Betrug, der neben dem Schaden noch eine Bereicherungsabsicht fordert.⁶³¹ Bezüglich dieser Restriktion des Untreuetatbestandes besteht innerhalb der

Rechtsprechung jedoch keine Einigkeit. So hat der 1. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 20. März 2008 deutlich gemacht, dass er dem Urteil des 2. Senats nicht folgen könnte, würde aus diesem gefolgert, der Vorsatz müsse sich immer auch auf den endgültigen Vermögensverlust beziehen.⁶³² Freilich vermeidet der 1. Strafsenat dem Urteil des 2. Strafsenats unmittelbar zu widersprechen und unterstellt, es handele sich insoweit um eine Scheinproblematik.⁶³³

Der Ansatz, die notwendige Restriktion des Tatbestandes der Untreue über den Vorsatz zu erreichen, ist im Schrifttum überwiegend auf Bedenken gestoßen.⁶³⁴ Kriminalpolitisch mag die Begrenzung des subjektiven Tatbestandes begrüßenswert sein, dennoch ist sie aus dogmatischer Sicht ein Irrweg.⁶³⁵ Dass es objektiv für einen Nachteil ausreicht, wenn das Vermögen konkret gefährdet ist, also ein Gefährdungsschaden vorliegt, subjektiv darüber hinaus aber der endgültige Ausfall gebilligt werden muss, widerspricht der Tatbestandsstruktur der Untreue. Denn wenn der Gefährdungsschaden für den objektiven Tatbestand ausreicht, kann im subjektiven Tatbestand nicht verlangt werden, dass neben der Kenntnis und Billigung des Gefährdungsschadens auch ein endgültiger Ausfall gebilligt werden muss. Damit würde contra legem ein zusätzliches subjektives Merkmal eingeführt und damit die Grenze der zulässigen Auslegung verlassen. Der Ansicht des 2. Strafsenats, nach welcher auch der endgültige Vermögensnachteil vom Vorsatz mit umfasst sein muss, kann somit nicht gefolgt werden.

Auch die Berücksichtigung der Motive und der Interessenlage des Täters sind regelmäßig nicht für den Vorsatz bei der Untreue relevant. Denn der Vorsatz muss sich nur auf den Tatbestand beziehen, die Motive und Interessenlage sind erst bei der Strafzumessung beziehungsweise im Rahmen von Sonderdelikten zu berücksichtigen. Die gesonderten Anforderungen an den Vorsatz bei der Untreue führen auch zu einer unerwünschten Aufgabe des einheitlichen Vorsatzbegriffes.⁶³⁶ Das eigentliche Problem des zu weiten objektiven Tatbestandes wird durch Restriktionen im subjektiven Tatbestand nicht gelöst.⁶³⁷ Die Schwierigkeiten sinnvolle Restriktionen für die Merkmale des objektiven Tatbestandes zu finden, können nicht über die Anforderungen an den Vorsatz umgangen werden, sondern sind auf der Ebene des objektiven

Tatbestandes zu lösen. Andernfalls würden Rechts- und Tatfrage vermischt.⁶³⁸ Letztendlich führt die Korrektur des Tatbestandes auch nicht zu der nötigen Rechtssicherheit für die Betroffenen. Diese können bei einer Restriktion nur im subjektiven Tatbestand nicht vorhersehen, ob sie eine Untreue begehen oder nicht. Im Ergebnis sind sie dem Richter und seinen Überzeugungen zu ihrer subjektiven Einstellung und der Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit ihres Verhaltens ausgeliefert.

Die Weite des Untreuetatbestandes über den subjektiven Tatbestand zu begrenzen, ist handwerkliches Flickwerk und stellt eine Kapitulation vor der eigentlichen Herausforderung, Restriktionen im objektiven Tatbestand zu finden, dar. Mithin gelten bei der Untreue auch die allgemeinen Regeln zur Abgrenzung des Vorsatzes von der Fahrlässigkeit.⁶³⁹

2. Fehlen des voluntativen Elements beim Eventualvorsatz

Neben dem Vorwurf, den subjektiven Tatbestand bei der Untreue unzulässig zu begrenzen, wird der Rechtsprechung häufig auch vorgeworfen, beim Eventualvorsatz von dem Wissens- auf das Wollenselement zu schließen.⁶⁴⁰ Hierdurch werde das voluntative Element seiner strafbarkeitsbegrenzenden Funktion beraubt.⁶⁴¹ Bei genauer Untersuchung der kritisierten Urteile fällt auf, dass die Rechtsprechung einen anderen Fehler macht, die Kritik aus der Literatur aber dennoch unberechtigt ist. In den kritisierten Urteilen haben die Täter nicht nur mit Dolus eventualis, sondern sogar mit Dolus directus 2. Grades gehandelt.⁶⁴² So formuliert der BGH:⁶⁴³

„Erforderlich ist vielmehr nur, dass der Bankleiter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Vergleich zu den ausgereichten Darlehensvaluta gekannt hat.

Dazu genügt freilich bereits seine Kenntnis der die Vermögensgefährdung begründenden Umstände und das Wissen, dass die Forderung nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben nicht als gleichwertig angesehen wird, mag er selbst sie auch anders bewerten.“

Diese Formulierung zeigt, dass der Bankleiter über die Pflichtwidrigkeit seines Handelns und die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruches

Bescheid wusste. Der Bankmitarbeiter der Kenntnis über sein pflichtwidriges Handeln und den dadurch verursachten Gefährdungsschaden hat, handelt aber mit direktem Vorsatz 2. Grades. Ob er den Erfolg billigt oder gar möchte, ist dann vollkommen unerheblich. Für den Vorsatz reicht bereits sein sicheres Wissen über die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale aus.⁶⁴⁴ Dolus eventualis hätte nur geprüft werden dürfen, wenn der Bankleiter die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruches nur für möglich hielt.⁶⁴⁵

Der Vorwurf von *Früh* an den BGH, dass dieser es ausreichen lasse, wenn der Täter den Minderwert des Rückzahlungsanspruches im Vergleich zur ausgereichten Darlehensvaluta kennt und keine weiteren Elemente der Billigung fordert, ist somit bereits im Ansatz verfehlt.⁶⁴⁶ Denn wenn der Täter weiß, dass er das Opfer schädigt und trotzdem handelt, kann er sich nicht darauf berufen, es nicht gewollt zu haben. Dass der BGH dennoch nur dolus eventualis in den meisten Fällen der Bankenuntreue prüft, ist auf sein Interesse an einem Korrektiv im subjektiven Tatbestand zurückzuführen.⁶⁴⁷ Diese soeben untersuchte – und abgelehnte – Restriktion des Untreuetatbestandes mittels enger Grenzen im Bereich des Vorsatzes trägt nur bei Vorliegen eines Dolus eventualis. Denn besonders strenge Anforderungen an das Billigungselement des Vorsatzes setzen voraus, dass die infrage kommende Vorsatzform überhaupt ein Billigungselement aufweist. Dies ist beim direkten Vorsatz 2. Grades nicht der Fall. Würde die Rechtsprechung bereits Dolus directus 2. Grades bejahen, so könnte sie den zu weiten objektiven Tatbestand der Untreue nicht mehr mittels des subjektiven Tatbestandes begrenzen.⁶⁴⁸ Dies zeigt erneut die Schwäche der, auch als „Krücke der Einzelfallgerechtigkeit“ bezeichneten,⁶⁴⁹ Hilfskonstruktion der Rechtsprechung, den Tatbestand der Untreue mittels strenger Vorsatzanforderungen einzuengen.

3. Konsequenzen für die Bankenuntreue

Der Vorsatz bei der Bankenuntreue weist im Ergebnis keine Besonderheiten auf.⁶⁵⁰ Der Täter muss sich der Pflichtwidrigkeit seines Handelns bewusst sein und auch Kenntnis von dem aus der Pflichtwidrigkeit folgenden Nachteil haben. Hat der Täter Kenntnis hiervon, handelt er mit direktem Vorsatz und hat folglich den Tatbestand

des § 266 StGB erfüllt.⁶⁵¹ Für die Kenntnis des Nachteils ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass sich der Bankmitarbeiter über die Minderwertigkeit der Rückzahlungs- und Zinsforderungen bewusst war. Der Vorsatz des Täters muss sich nur auf den im objektiven Tatbestand geforderten Gefährdungsschaden beziehen, der endgültige Ausfall des Kredites ist für den Vorsatz und die Strafbarkeit unerheblich. Ausreichend für den subjektiven Tatbestand ist Eventualvorsatz. Für diesen muss der Täter die Pflichtwidrigkeit und den Nachteil für möglich halten und billigend in Kauf nehmen.⁶⁵² Darüber hinaus sind keine zusätzlichen Anforderungen an den Eventualvorsatz bei der Untreue zu stellen. Soweit der BGH eine besonders sorgfältige Prüfung des Vorsatzes fordert, ist ihm hingegen vollumfänglich zuzustimmen. Gerade im Bereich der Bankenuntreue ist das Vorliegen des Vorsatzes oft zweifelhaft. Eine besonders sorgfältige Überprüfung des Vorsatzes kann hier voreilige Verurteilungen verhindern.

Dritter Teil: Zurechnungszusammenhänge bei § 266 StGB

Der letzte Teil dieser Arbeit beschäftigt sich mit den Zurechnungszusammenhängen bei der Untreue. Zunächst wird die Kausalität untersucht, bevor in einem zweiten Schritt die objektive Zurechnung bei der Untreue in den Fokus genommen wird. Im Zusammenhang mit Vermögensdelikten im Allgemeinen und der Untreue im Besonderen steckt die objektive Zurechnung noch in den Kinderschuhen.⁶⁵³ Vor dem Hintergrund, dass die Untreue stets als zu weit und zu unbestimmt kritisiert wird, ist dies überraschend, bietet doch die objektive Zurechnung zahlreiche Möglichkeiten, den Tatbestand zu begrenzen. Dabei ist es nicht erforderlich, neue Restriktionen für Einzelfälle zu entwickeln, vielmehr kann anhand anerkannter dogmatischer Grundsätze die Untreue schärfer konturiert werden. Ziel dieses Teils ist es zu überprüfen, ob eine Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Untreue möglich ist und ob hierüber die gewünschte Konturierung des Tatbestandes erreicht werden kann.

C. Kausalität

Bei der Untreue muss der Nachteil auf die Pflichtverletzung zurückzuführen sein. Hierfür ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass die Pflichtverletzung im Sinne der Conditio- sine-qua-non-Formel nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Nachteil entfiere. Dass Pflichtverletzung und Nachteil bei der Untreue oftmals zeitlich zusammenfallen, darf nicht dazu verleiten, von dem einen Tatumstand auf den anderen zu schließen.⁶⁵⁴ Ob die Pflichtverletzung für den Vermögensschaden kausal war, ist anhand einer objektiven nachträglichen Prognose zu ermitteln. Es handelt sich somit um eine Ex-ante-Beurteilung, bei der der Nachteil auszublenden ist.

Oben wurde bereits angesprochen, dass fraglich ist, ob die Verletzung

einer formalen Pflicht zu einer Untreuestrafbarkeit führen kann.⁶⁵⁵ *Laskos* ist der Ansicht, der formale Pflichtverstoß könne vernachlässigt werden, da ein Vermögensnachteil immer auf eine materielle Pflichtverletzung zurückgehen müsse. In Folge dessen sei eine formale Pflichtwidrigkeit für den objektiven Tatbestand der Untreue irrelevant und könne erst im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden.⁶⁵⁶ Eine formale Pflichtverletzung sei höchstens mitursächlich für den Nachteil, in jedem Fall müsse aber auch ein materieller Pflichtverstoß vorliegen. Als Beispiel führt *Laskos* die unterlassene Prüfung der Bilanzen nach § 18 KWG an.⁶⁵⁷ Diese Pflichtverletzung sei nicht ausreichend, da erst die Vergabe eines minderwertigen Kredites den Gefährdungsschaden begründe. Zuzustimmen ist *Laskos* insoweit, als dass ein Vermögensnachteil immer auch eine materielle Pflichtverletzung voraussetzt.⁶⁵⁸ Unterlässt der Bankangestellte beispielsweise die Prüfung der Kreditwürdigkeit – verletzt er also eine formale Pflicht – ist der Kunde aber hinreichend kreditwürdig, kann kein Gefährdungsschaden eintreten. Entgegenzutreten ist *Laskos* aber, wenn er meint, formale Pflichtverstöße könnten nicht kausal für die Pflichtverletzung und den Vermögensnachteil sein.⁶⁵⁹ Zwar kann ein formaler Pflichtverstoß nicht unmittelbar kausal für einen Vermögensnachteil sein, aber ein formaler Pflichtverstoß kann zumindest kausal für eine materielle Pflichtverletzung sein, welche dann wiederum ursächlich für den Vermögensnachteil ist. So etwa, wenn der Bankangestellte aufgrund der unterlassenen Prüfung der Bilanzen die fehlende Kreditwürdigkeit nicht erkannt hat und dann einen unvertretbar riskanten Kredit vergibt. Eine formale Pflichtverletzung kann somit kausal für den Vermögensnachteil sein und ist damit im objektiven Tatbestand nicht völlig bedeutungslos. Wichtig wird die formale Pflichtverletzung allerdings erst im subjektiven Tatbestand, da es, wie *Laskos* zutreffend festgestellt hat, im objektiven Tatbestand immer auch einer materiellen Pflichtverletzung bedarf. Hat der Täter nur Vorsatz in Bezug auf die formale Pflichtwidrigkeit, fehlt ihm aber der Vorsatz in Bezug auf die materielle Pflichtwidrigkeit, so müsste eine Strafbarkeit ausscheiden, wenn die formale Pflichtverletzung nicht berücksichtigt würde.⁶⁶⁰

Entgegen *Laskos* hat ein Verstoß gegen formale Pflichten somit nicht erst auf Ebene der Beweiswürdigung beziehungsweise der Strafzumessung Bedeutung, sondern kann kausal für die materielle Pflichtwidrigkeit und

den Vermögensnachteil sein. Relevant wird sie vor allem beim subjektiven Tatbestand.

Abgesehen von der soeben behandelten Frage der Relevanz von Formalverstößen weist die Kausalität bei der Bankenuntreue keine weiteren Schwierigkeiten auf. Pflichtwidrigkeit und Nachteil müssen im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel miteinander verbunden sein. Um der Gefahr der Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg entgegenzuwirken, ist die Kausalität sorgfältig zu prüfen. Zu oft wird in Literatur und Rechtsprechung noch von einem Tatbestandsmerkmal auf das andere geschlossen.

D. Objektive Zurechnung

Obwohl über den Tatbestand der Untreue bereits seit 70 Jahren gestritten wird, wurde die objektive Zurechnung im Zusammenhang mit dem Tatbestand noch kaum untersucht.⁶⁶¹ Die Lehre von der objektiven Zurechnung ergänzt die Kausalität um weitere Zurechnungskriterien, um die weite Kausalhaftung auf das strafrechtlich notwendige Maß zu reduzieren. Nach einer häufig gebräuchlichen Kurzformel kann ein Erfolg nur dann objektiv zugerechnet werden, wenn sich in ihm das vom Täter geschaffene, rechtlich missbilligte Risiko realisiert hat.⁶⁶² Im Folgenden wird zunächst die historische Entwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung skizziert. Im Anschluss wird gezeigt, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung auch auf die Untreue angewendet werden kann und zur Restriktion des Tatbestandes geeignet ist. Hierfür wird die Struktur des Untreuetatbestandes untersucht und dargestellt, dass § 266 StGB prädestiniert ist für eine Anwendung der objektiven Zurechnung. In einem dritten Teil werden die Konsequenzen für die Bankenuntreue untersucht, welche durch die Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand der Untreue entstehen. Dabei wird auch die Frage untersucht, welche Zurechnungszusammenhänge aus der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Untreue angewendet werden sollten.

I. Historische Entwicklung

Die Entwicklung der objektiven Zurechnung zu einer anerkannten und weit verbreiteten Lehre ist untrennbar mit *Roxin* verbunden, welcher in seinem Beitrag zur *Honig*-Festschrift maßgeblich die heutige Lehre von der objektiven Zurechnung geprägt hat.⁶⁶³ Ursprünglich wurde die objektive Zurechnung nur im Zusammenhang mit den Fahrlässigkeitsdelikten diskutiert, wo auch heute noch ihr Hauptanwendungsbereich liegt. Im Mittelpunkt der Diskussion standen vor allem die §§ 222, 229 StGB.⁶⁶⁴ Bei den Vorsatztaten wurden die problematischen Fälle der Kausalitätshaftung erst beim Vorsatz aus dem Bereich der Strafbarkeit ausgeschieden.⁶⁶⁵ So etwa bei dem viel zitierten Gewitterfall, bei welchem der Neffe seinen Onkel während eines Gewitters auf einen Waldspaziergang schickt, in der Hoffnung, er werde vom Blitz getroffen. In diesem Fall fehle es – nach der inzwischen überkommenen Ansicht – am Vorsatz, da bei dem Hintermann nur eine Hoffnung oder ein Wunsch vorliege, aber kein realer Wille.⁶⁶⁶ Gerade an dem Gewitterfall hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass das Hinausschicken in den Wald noch keine rechtlich erhebliche Tötungsgefahr schafft und es folglich nicht mehr auf den subjektiven Tatbestand ankommen kann.⁶⁶⁷ Nach der Lehre von der objektiven Zurechnung fehlt es an dem Merkmal der Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr, sodass bereits der objektive Tatbestand nicht erfüllt ist. Infolge dessen wurde die objektive Zurechnung vermehrt auch bei den Vorsatzdelikten diskutiert. Inzwischen ist weitestgehend anerkannt, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung auf Vorsatzdelikte gleichermaßen anzuwenden ist, wie auf Fahrlässigkeitsdelikte.⁶⁶⁸ Im Bereich der vorsätzlichen Körperverletzungs- und Tötungsdelikte wird die objektive Zurechnung auch regelmäßig problematisiert und führt zu einer entsprechenden Restriktion der jeweiligen Tatbestände. Im Zusammenhang mit Vermögensdelikten hingegen wurde die objektive Zurechnung lange überhaupt nicht diskutiert. Erst seit neuerer Zeit befürworten einige Autoren die Anwendung der objektiven Zurechnung bei § 263 StGB.⁶⁶⁹ Auch bei der Untreue wurde die objektive Zurechnung bis vor Kurzem nicht – zumindest nicht ausdrücklich – thematisiert. Erst in jüngster Zeit wird sich intensiver mit den Möglichkeiten auseinandergesetzt, die eine Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Untreue bietet.⁶⁷⁰ Dem voraus ging eine unsystematische Anwendung oder Befürwortung von

Zurechnungsregeln aus der objektiven Zurechnung, ohne dass jedoch ein Bezug zu der Lehre von der objektiven Zurechnung hergestellt wurde.⁶⁷¹ So wird beispielsweise die Identität der Schutzrichtung zwischen der Untreue und der verletzten Sorgfaltspflicht gefordert, ohne dass dies in das Gesamtkonzept der objektiven Zurechnung eingefügt wird.⁶⁷²

II. Übertragbarkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand der Untreue

Bevor sich dem Spezialfall der Bankenuntreue gewidmet werden kann, ist zunächst zu fragen, ob die objektive Zurechnung auf das Vermögensdelikt der Untreue angewandt werden kann. Hierfür wird untersucht, ob die objektive Zurechnung auch auf Vorsatzdelikte anzuwenden ist, und im Anschluss wird die Eignung der Lehre zur Restriktion des Untreuetatbestandes untersucht.

1. Anwendung der objektiven Zurechnung bei Vorsatzdelikten

Wie bereits aufgezeigt, hat die Lehre von der objektiven Zurechnung ihre größte Bedeutung im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte und wird dort auch von der inzwischen herrschenden Meinung anerkannt.⁶⁷³ Nach heute weit überwiegender Ansicht ist sie auch für Vorsatzdelikte relevant.⁶⁷⁴ Dennoch wird vereinzelt vertreten, die objektive Zurechnung sei bei Vorsatzdelikten überflüssig. Diese Ansichten können im Ergebnis nicht überzeugen.⁶⁷⁵ Wie *Schünemann* zutreffend herausgearbeitet hat, können die Vertreter der ablehnenden Ansichten die problematischen Fälle, wie den viel zitierten Gewitterfall, nicht zufriedenstellend lösen. *Hirsch*, der der objektiven Zurechnung grundsätzlich kritisch gegenübersteht, räumt sogar ein, dass die Kritik an der Lösung des Gewitterfalles erst auf Ebene des Vorsatzes berechtigt ist. Dies zeigt, dass auch beim Vorsatzdelikt die objektive Zurechnung notwendig ist, da nur so zufriedenstellende Ergebnisse gefunden werden können.⁶⁷⁶ Auch die Kritik, die objektive Zurechnungslehre sei überflüssig, da die von ihr wahrgenommene Funktion durch andere Merkmale erfüllt werden könne, ist nicht stichhaltig, da auch die Gegner nicht ohne objektive „Filter“ auskommen. Diese werden nur anders bezeichnet oder mit subjektiven Merkmalen angereichert.⁶⁷⁷ So

kann es nicht verwundern, dass die Kritiker immer weniger werden und sich die Ansicht verfestigt, dass sich die Lehre von der objektiven Zurechnung auch im Bereich der Vorsatzdelikte durchgesetzt hat.⁶⁷⁸ Eine umfassende Aufarbeitung der seit Jahrzehnten geführten Diskussion um das Für und Wider der objektiven Zurechnung ist weder Ziel dieser Arbeit, noch führt es zu einem für diese Untersuchung notwendigen Erkenntnisgewinn. Diese skizzenartige Übersicht soll somit genügen.⁶⁷⁹

2. Notwendigkeit der Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand der Untreue

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand der Untreue anzuwenden ist und dort „gute Dienste“ leisten kann. Hierfür werden die Gründe für die große Bedeutung der objektiven Zurechnung bei den Fahrlässigkeitsdelikten identifiziert. Im Anschluss wird untersucht, inwieweit sich Parallelen zum Tatbestand der Untreue finden lassen.

Zunächst soll der Sinn und Zweck der Lehre von der objektiven Zurechnung in Erinnerung gerufen werden: Die objektive Zurechnung dient dazu, die ausufernde Weite der reinen Kausalität zu begrenzen. Sie soll Unrecht von Unglück scheiden und nur die Fälle des Unrechts dem Täter zurechnen.⁶⁸⁰ Sie stellt damit die zweite Stufe zur Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit dar.⁶⁸¹ Neben der Frage der reinen Verursachung eines Verletzungserfolges ist auch zu fragen, ob der Täter für den Erfolg auch die strafrechtliche Verantwortung trägt.⁶⁸² Diese Frage zu klären, ist Aufgabe der objektiven Zurechnung, sie ist damit ein normatives Korrektiv der reinen Kausalhaftung.⁶⁸³ Die objektive Zurechnung spielt bei den Vorsatzdelikten bislang eine untergeordnete Rolle, eine Ausnahme bilden hier nur die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte. Häufig ist die objektive Zurechnung eines Erfolges bei einem Vorsatzdelikt unproblematisch. So ist die Frage, ob der Diebstahl dem Dieb auch im Rechtssinne zuzurechnen ist, selten zweifelhaft.⁶⁸⁴ Große Bedeutung erlangt die Lehre von der objektiven Zurechnung erst – wie bereits mehrfach erwähnt – bei den Fahrlässigkeitsdelikten. Hier bereitet die Frage nach einer rechtlich relevanten Gefahr oder aber, ob der Verletzungserfolg mit dem Schutzzweck der Norm übereinstimmt, viel

häufiger Schwierigkeiten als bei Vorsatzdelikten. Der Grund hierfür liegt zum einen darin, dass es dem Fahrlässigkeitsdelikt an dem Korrektiv des Vorsatzes fehlt. Zum anderen ist aber die Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte wesentlicher für die hohe Relevanz der objektiven Zurechnung. Aufgrund der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte hängt der Erfolg mehr oder weniger zufällig von der tatbestandlichen Verhaltensmissbilligung ab.⁶⁸⁵ So etwa bei dem Lehrbuchfall zur objektiven Zurechnung des in der Ortschaft A zu schnell gefahrenen Täters, welcher in Ortschaft B mit angemessener Geschwindigkeit einen Fußgänger überfährt. Unzweifelhaft ist das zu schnelle Fahren in Ortschaft A kausal für den Tod des Fußgängers, denn wäre der Täter mit angemessener Geschwindigkeit gefahren, wäre er später in Ortschaft B angekommen und hätte den Fußgänger nicht mehr angetroffen. Dennoch geht der Erfolg nur zufällig mit der Pflichtverletzung einher. In solch einem Fall bedarf es einer Korrektur der ausufernden Kausalhaftung. Denn es ist nicht Sinn und Zweck der Geschwindigkeitsbegrenzung zu verhindern, dass ein Fahrzeug zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort ist. Es fehlt somit am Schutzzweckzusammenhang. Die objektive Zurechnung ist folglich unterbrochen und der Täter wird nicht für den Erfolg verantwortlich gemacht. Das Beispiel verdeutlicht die Weite der Kausalhaftung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. Diese weite Kausalhaftung beruht auf der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte. Zum einen fehlt es an dem Korrektiv des Vorsatzes. Zudem ist die Tathandlung stets ein bloßer Pflichtverstoß. Dieser muss kausal für die Rechtsgutsverletzung sein. Der Pflichtverstoß kann auf die Verletzung zahlreicher außerstrafrechtlicher Pflichten zurückgehen, wie sonstige Gesetze, Verordnungen und sogar allgemeine Sorgfaltsregeln.⁶⁸⁶ Aufgrund dieser zahlreichen Pflichten hängt es – wie in obigem Beispiel – häufig vom Zufall ab, ob zu einer Rechtsgutsverletzung auch ein Pflichtverstoß hinzutritt. Die zahlreichen außerstrafrechtlichen Pflichten, deren Verletzung ausreicht, um dem Handlungsunrecht der Fahrlässigkeitsdelikte zu genügen, ist somit die weite Kausalhaftung geschuldet. Untersucht man den Tatbestand der Untreue, zeigt sich, dass dieser in Teilen eine sehr ähnliche Struktur aufweist. Auch der Tatbestand der Untreue erfordert eine Pflichtverletzung, deren Prüfung derjenigen beim Fahrlässigkeitsdelikt sehr ähnlich ist.⁶⁸⁷ Bereits oben wurde gezeigt, dass eine untreuerelevante Pflichtverletzung auf zahlreichen Pflichten

beruhen kann.⁶⁸⁸ In Betracht kommen Verstöße gegen Gesetze, Verordnungen, Satzungen, dienstvertragliche Regelungen oder Verstöße gegen die Pflichten eines ordentlichen Kaufmannes. Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung verweist somit auch auf außerstrafrechtliche Pflichten. Wird gegen diese verstoßen, liegt eine untreuerelevante Pflichtverletzung vor.⁶⁸⁹ Auch bei der Untreue kann die Erfüllung des Tatbestandes – vorbehaltlich des Vorsatzes – vom Zufall abhängen, wie ein Beispiel zeigt: Vergisst ein Mitarbeiter, bei ansonsten ordentlichem Verhalten, einen Vertrag von seinem Vorgesetzten gegenzeichnen zu lassen und führt dieser Vertrag nun zu einem Nachteil, so liegt unproblematisch eine Pflichtverletzung vor. Auch die Kausalität ist gegeben, da der Vertrag in dieser Form sonst nicht abgeschlossen worden wäre. Dass bei pflichtgemäßem Alternativverhalten der Vertrag ebenfalls abgeschlossen worden wäre, hat für die Strafbarkeit keine Bedeutung. Dies zeigt, dass die Gefahr der Haftung für Zufälle auch bei der Untreue relevant werden kann. Bei Fahrlässigkeitsdelikten werden entsprechende Ergebnisse mittels der objektiven Zurechnung korrigiert. Die ähnliche Struktur der Tatbestände und die daraus resultierende Gefahr der Zufallshaftung legen eine Anwendung der objektiven Zurechnung auch bei der Untreue nahe.

Fraglich ist, ob sich auch aus dem Wortlaut des § 266 StGB Argumente für eine Anwendung der objektiven Zurechnung ziehen lassen. Der Wortlaut der Norm

„Wer die [...] Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt **und dadurch** dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt [...].“

deutet bereits auf besondere Zurechnungszusammenhänge hin. So sind auch die Fahrlässigkeitsdelikte ähnlich formuliert, der Tod oder die Körperverletzung muss immer „**durch Fahrlässigkeit**“ hervorgerufen worden sein. Bei konkreten Gefährdungsdelikten wird sogar die identische Formulierung „**und dadurch**“ verwendet.⁶⁹⁰ Dort verweist die Formulierung auf einen Bestandteil der objektiven Zurechnung, den Pflichtwidrigkeitszusammenhang. So muss etwa bei § 315c StGB die Gefahr gerade auf dem Verkehrsverstoß beruhen. Hätte die Gefahr auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten vorgelegen, wird sie dem Täter

nicht zugerechnet.⁶⁹¹ Der Erfolg darf sich demzufolge nicht nur bei Gelegenheit des unerlaubten Verhaltens ereignen, sondern muss gerade auf diesem beruhen.⁶⁹² Die Formulierung „**und dadurch**“ ist als Verweis auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang, ein Element der objektiven Zurechnung, zu verstehen. Damit kann bereits der Wortlaut von § 266 StGB als Argument für eine Übertragung der objektiven Zurechnung auf die Untreue herangezogen werden.⁶⁹³ Die vergleichende Analyse zwischen Fahrlässigkeitsdelikten und dem Untreuetatbestand hat gezeigt, dass Parallelen zwischen den Tatbeständen bestehen, welche eine Anwendung der objektiven Zurechnung auch bei der Untreue erfordern.

Dass auch die Rechtsprechung bereits teilweise die objektive Zurechnung bei der Untreue anwendet, soll anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden.⁶⁹⁴ Freilich ist die Rechtsprechung weit davon entfernt, die objektive Zurechnung bei der Untreue ausdrücklich anzuerkennen, vielmehr wendet sie nur einzelne Zurechnungsinstitute an, ohne den Bezug zu der Lehre von der objektiven Zurechnung herzustellen. Nach der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung soll gezeigt werden, dass neben den Autoren, die eine Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Untreue ohnehin fordern,⁶⁹⁵ einzelne Autoren Elemente der objektiven Zurechnung bereits fordern, ohne diese als solche zu bezeichnen.

Dass bei der Untreue ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang erforderlich ist, wird zunehmend auch in der Rechtsprechung anerkannt. So hat die Rechtsprechung in einigen Entscheidungen der Sache nach bereits einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf die Untreue angewandt, freilich ohne diesen in aller Deutlichkeit als solchen zu bezeichnen. So etwa in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000, in der es heißt:

„Auch wenn eine Pflichtverletzung vorliegt und der Kredit später notleidend wird, führt dies allein noch nicht zur Annahme einer Untreue. Voraussetzung wäre, dass ein bei Vertragsschluss oder bei Darlehensausreichung in Gestalt einer Vermögensgefährdung eingetretener Vermögensnachteil auf die Pflichtwidrigkeit zurückzuführen ist. Ist danach etwa die erforderliche Befugnis der Entscheidungsträger nicht vorhanden, steht die Bonität des Kreditnehmers aber außer Zweifel, fehlt es an diesem

Zusammenhang.“⁶⁹⁶

Ohne das Wort Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu verwenden, beschreibt der Senat hier genau diesen. Besonders deutlich wird dies an dem Beispiel, wonach der notwendige Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Nachteil fehle, wenn der Kreditnehmer hinreichend kreditwürdig gewesen sei, aber es dem Bankmitarbeiter bei der Kreditvergabe an der notwendigen Befugnis fehlte. Dieses Beispiel des Senats ist geradezu das Paradebeispiel für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Untreue durch Kreditvergaben.

Dass die Rechtsprechung der Sache nach den Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Untreue anerkennt, konnte gezeigt werden. Nun soll aufgezeigt werden, dass auch in der Literatur zunehmend die Anwendung der objektiven Zurechnung befürwortet wird. So sprechen sich insbesondere *Saliger*, *Schünemann*, *Seier*, *Martin* und *Gerkau* für eine Anwendung der objektiven Zurechnung bei der Untreue aus.⁶⁹⁷ Andere Autoren sprechen nicht von der objektiven Zurechnung, die von Ihnen vorgeschlagenen Restriktionen des Untreuetatbestandes lassen sich aber bei einzelnen Elementen der objektiven Zurechnung einordnen. So befürwortet *Ransiek* bei genauer Betrachtung einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang, wenn er fordert, dass zu fragen sei, ob das Geschäft auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten abgeschlossen worden wäre.⁶⁹⁸ *Kindhäuser* fordert ausdrücklich das Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges auf die Untreue zu übertragen.⁶⁹⁹ *Günther* verweist auf den Schutzzweckzusammenhang, wenn er der Ansicht ist, die verletzte Pflicht müsse primär und unmittelbar das Vermögen schützen.⁷⁰⁰ Auch *Hillenkamp* hat in seinem richtungsweisenden Aufsatz zum Risikogeschäft bei der Untreue faktisch den Pflichtwidrigkeitszusammenhang verneint, wenn er der Ansicht ist, die fehlende Zustimmung des senilen Seniorchefs zu einem Vertrag reiche für eine Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue nicht aus.⁷⁰¹

3. Zwischenergebnis

Die vergleichende Betrachtung mit den Fahrlässigkeitsdelikten hat gezeigt, dass die Struktur der Untreue der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte ähnelt und auch der Wortlaut des § 266 StGB für die Anwendung der objektiven

Zurechnung spricht. Bei der Untreue bestehen ähnliche Probleme wie bei den Fahrlässigkeitsdelikten. So ist die Gefahr, für zufällig eingetretene Nachteile haften zu müssen, auch bei der Untreue relevant. Die bei den Fahrlässigkeitsdelikten – unstreitig – angewandte Lehre von der objektiven Zurechnung bietet sich als Lösung dieser Probleme geradezu an. Daneben konnte gezeigt werden, dass Teile der Lehre von der objektiven Zurechnung bereits seit längerer Zeit von der Rechtsprechung auf die Untreue angewendet werden oder von der Literatur gefordert werden, ohne dass dies auf den ersten Blick offensichtlich wäre. Der weit überwiegende Teil der Lehre will ohnehin die Lehre von der objektiven Zurechnung auch auf Vorsatzdelikte anwenden, freilich ohne dass dies in der bisherigen Kommentarliteratur bei der Untreue berücksichtigt würde.⁷⁰² Die Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Untreue scheint vor diesen Erkenntnissen nicht nur zulässig, sondern erforderlich, um der bekannten Probleme des Untreuetatbestandes Herr zu werden.

III. Bankenuntreue und objektive Zurechnung

Dass der Tatbestand der Untreue eine Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung erfordert, konnte gezeigt werden. Am Beispiel der Bankenuntreue soll nun untersucht werden, ob sämtliche Elemente der objektiven Zurechnung auf § 266 StGB übertragen werden müssen. Zugleich wird gezeigt, welche Restriktionen sich für die Bankenuntreue durch die Anwendung der einzelnen Zurechnungselemente erreichen lassen. Dabei werden die Auswirkungen auf die allgemeine Untreuedogmatik berücksichtigt.

1. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang kommt bei den Fahrlässigkeitsdelikten eine wichtige Rolle zu.⁷⁰³ Da die Prüfung der Pflichtverletzung bei der Untreue mit der des Sorgfaltsverstößes beim Fahrlässigkeitsdelikt weitestgehend identisch ist, liegt es nahe, dass auch der Pflichtwidrigkeitszusammenhang in beiden Fällen notwendig ist. Dieser liegt nicht vor, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.⁷⁰⁴ Die Haftung des Täters für bloße Zufälligkeiten soll

damit vermieden werden. Denn wenn auch bei einwandfreiem Alternativverhalten der Erfolg eingetreten wäre, kann das Fehlverhalten des Täters nicht der „wahre“ Grund für den entstandenen Nachteil sein.⁷⁰⁵ Dass auch bei der Untreue die Gefahr besteht, für Zufälligkeiten zu haften, wurde bereits aufgezeigt.⁷⁰⁶ Da die Untreue ein Erfolgsdelikt ist, darf der Täter nur bestraft werden, wenn der Erfolg auch auf sein Fehlverhalten zurückgeführt werden kann. Dies ist gerade nicht der Fall, wenn der Erfolg nur zufällig mit der Täterhandlung zusammenfällt. Folglich ist das Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges auch auf die Untreue anzuwenden.

Umstritten ist, ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang schon dann unterbrochen ist, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, wie es die herrschende Vermeidbarkeitslehre fordert. Oder, ob er erst unterbrochen ist, wenn die Realisierung der Gefahr mit Sicherheit ausgeblieben wäre, wie es die Risikoerhöhungslehre fordert.⁷⁰⁷ Demnach läge der Pflichtwidrigkeitszusammenhang schon vor, wenn das Verhalten des Täters den Erfolg wahrscheinlicher gemacht hat. Gegen die Risikoerhöhungstheorie wird eingewandt, sie schränke den Grundsatz in dubio pro reo zu sehr ein und verwandle Verletzungsdelikte in konkrete Gefährdungsdelikte.⁷⁰⁸ Zudem sei sie in einzelnen Fallkonstellationen funktionslos oder führe zu hochproblematischen Ergebnissen.⁷⁰⁹ Für die Risikoerhöhungstheorie spricht hingegen, dass bei einem Überschreiten des erlaubten Risikos kein Raum mehr für die Anwendung des „in dubio pro reo“ Grundsatzes ist.⁷¹⁰ Zudem führe eine Missachtung der Risikoerhöhungstheorie dazu, dass gerade wenn besonders große Sorgfalt geboten ist, ein Verzicht auf diese Sorgfalt nicht bestraft würde.⁷¹¹

Der Tatbestand der Untreue wird ohnehin kritisiert, die Strafbarkeit zu weit in den Bereich bloßer Gefährdungen zu verlagern.⁷¹² Diese Tendenz wird durch die Risikoerhöhungslehre noch verstärkt, was gegen eine Anwendung dieser Lehre spricht. Ein wichtiges Argument gegen die Risikoerhöhungslehre ist die inkonsequente Anwendung des In-dubio-pro-reo- Grundsatzes, wonach Zweifel zugunsten des Angeklagten zu beachten sind. Bestehen Zweifel, ob die vom Täter geschaffene Gefahr den Erfolg bewirkt hat, müssten diese auch zu Gunsten des Täters berücksichtigt

werden. Weswegen im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges hiervon eine Ausnahme gemacht werden soll, kann die Risikoerhöhungslehre nicht überzeugend darlegen.⁷¹³ Auch die Notwendigkeit den Tatbestand der Untreue gerade im Bereich der Bankenuntreue möglichst restriktiv auszulegen, spricht für die täterfreundlichere Vermeidbarkeitslehre. Zudem verliert, wie *Martin* gezeigt hat, der Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Bankenuntreue seine Relevanz, wenn der Risikoerhöhungslehre gefolgt wird.⁷¹⁴ Somit ist die Risikoerhöhungslehre für die Bankenuntreue abzulehnen und der Vermeidbarkeitslehre zu folgen.⁷¹⁵

Wie der Pflichtwidrigkeitszusammenhang sich auf Konstellationen der Bankenuntreue auswirkt, soll an zwei Beispielfällen erläutert werden.

Beispiel 1

Der Bankmitarbeiter vergibt einen Kredit an einen stadtbekannten Milliardär. Dabei unterlässt er, entgegen seinen Pflichten, die umfassende Überprüfung der Vermögensverhältnisse des Milliardärs. Dass dieser zum Zeitpunkt der Kreditvergabe bereits sein gesamtes Vermögen in der Finanzmarktloterie verzockt hatte und folglich nicht mehr kreditwürdig war, wusste der Bankmitarbeiter nicht. Im Nachhinein wird festgestellt, dass selbst bei ordnungsgemäßer Überprüfung der Vermögensverhältnisse dies für die Bank nicht erkennbar gewesen wäre. Folglich wäre der Kredit auch bei ordnungsgemäßigem Alternativverhalten vergeben worden.

Beispiel 2:

Der Bankmitarbeiter vergibt einen Kredit an den Großhändler G. Dabei überschreitet er die für ihn geltende Kreditobergrenze. Die nötige Sicherheit für den Kredit stellt G in Form einer Sicherungsübereignung seines Warenlagers in China zur Verfügung. Zu diesem Zeitpunkt war der gesamte Warenbestand des G durch eine Überschwemmung zerstört worden, was weder G noch der Bankmitarbeiter hätten wissen können. Der Großhändler muss anschließend Insolvenz anmelden, und der Kredit fällt aus. Bei pflichtgemäßem Alternativverhalten hätte der Bankmitarbeiter seinen Vorgesetzten das Kreditengagement zur Abzeichnung vorlegen müssen. Dieser hätte aufgrund der bereitgestellten Unterlagen mit

Sicherheit den Kredit vergeben.

In beiden Beispielsfällen hat der Bankmitarbeiter eine formale Pflicht verletzt, also eine bloße Verfahrens- oder Kompetenzregelung. Bereits oben wurde angedeutet, dass es fraglich ist, ob die Missachtung dieser Pflichten für den Nachteil bei der Bankenuntreue relevant werden kann.⁷¹⁶ Die Beispiele zeigen, dass dies nicht der Fall ist. Solange nur eine formale Pflichtverletzung vorliegt, ist der Tatbestand der Untreue mangels eines Pflichtwidrigkeitszusammenhanges nicht erfüllt. Zugleich wird aber auch deutlich, dass die Frage der Relevanz von formalen Pflichtverletzungen nicht schon bei der Kausalität, sondern erst im Rahmen der objektiven Zurechnung relevant wird.⁷¹⁷ Mit dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist somit ein erstes Element zur Restriktion der Untreue gefunden worden.

2. Schutzzweckzusammenhang

Der Schutzzweckzusammenhang ist ein weiteres Element aus der objektiven Zurechnung, welches geeignet scheint, den Untreuetatbestand sinnvoll einzuengen. Das Merkmal des Schutzzweckzusammenhanges hat einschneidende Auswirkungen auf die bisherige Untreuedogmatik, sodass es zweifelhaft erscheint, ob eine Übertragung auf die Untreue gerechtfertigt ist. Denn bislang verlangt die Rechtsprechung keine Identität der Schutzzwecke. Die Einführung des Schutzzweckzusammenhangs würde zahlreiche anerkannte Untreue-Fallgruppen aus dem Tatbestand ausklammern. Dieser Aspekt wird zunächst untersucht, bevor die Konsequenzen des Schutzzweckzusammenhanges auf die Bankenuntreue in den Fokus genommen werden.

a) Auswirkungen des Schutzzweckzusammenhanges auf die Untreuedogmatik

Der Schutzzweckzusammenhang ist nur gegeben, wenn der Täter gegen eine Verhaltensnorm verstößt, welche gerade dem Schutz des betreffenden Rechtsgutes dient.⁷¹⁸ Für die Untreue bedeutet dies, dass nur die Verletzung von unmittelbar das Vermögen schützenden Verhaltensnormen zu einer Untreuestrafbarkeit führen kann. Ob die Verletzung einer Pflicht untreuerelevant ist, hängt dann von der Schutzrichtung dieser Pflicht ab. Ist die Schutzrichtung nicht identisch mit dem Schutzzweck der Untreue,

dient sie also nicht dem Vermögensschutz, so kann die Verletzung dieser Pflicht auch nicht zu einer Strafbarkeit wegen Untreue führen. Ein Blick in die Kommentarliteratur macht deutlich, dass bei Anerkennung des Schutzzweckzusammenhanges zahlreiche Untreue-Fallgruppen zumindest einer Überprüfung bedürften. Angefangen von der Parteiuntreue über die Haushaltsuntreue bis hin zur unordentlichen Buchführung wäre es zweifelhaft, ob weiterhin die Voraussetzungen einer Untreuestrafbarkeit vorlägen. Damit würde der Schutzzweckzusammenhang zahlreiche – bislang anerkannte – Fallgruppen aus dem Untreue tatbestand eliminieren.⁷¹⁹ Diese einschneidende Konsequenz für die bisherige Untreuedogmatik macht es notwendig, sich intensiv mit dem Für und Wider des Schutzzweckzusammenhanges auseinanderzusetzen.

Einige Autoren lehnen einen Schutzzweckzusammenhang bei der Untreue ab, ohne sich mit der Problematik zu beschäftigen.⁷²⁰ Soweit ersichtlich hat in der Literatur allein *Saliger* die Ablehnung des Schutzzweckzusammenhanges eingehend begründet.⁷²¹ Ihm zu Folge ist es für die Verwirklichung des § 266 StGB unerheblich, ob die verletzten Pflichten unmittelbar oder nur mittelbar dem Vermögensschutz dienen. Zudem verweist er darauf, dass bei Anerkennung des Schutzzweckzusammenhanges zahlreiche grundsätzlich anerkannte Fallgruppen aus dem Untreuetatbestand herausfallen würden.⁷²² Auch lassen sich einzelne Probleme, welche mittels des Schutzzweckzusammenhanges gelöst werden sollen, auch mittels des Unmittelbarkeitsprinzips lösen, sodass es des Schutzzweckzusammenhanges nicht bedürfe.⁷²³ Andere Autoren sprechen sich nicht generell gegen einen Schutzzweckzusammenhang aus. Sie differenzieren in Abhängigkeit von der verletzten Norm. Schützt diese unmittelbar das Vermögen, hat aber den Zweck, ein anderes Rechtsgut zu schützen, so soll eine Verletzung trotz des abweichenden Schutzzweckes untreuerelevant sein. So soll etwa ein Verstoß gegen § 30 GmbHG untreuerelevant sein, da zwar die Gläubigerinteressen hierüber geschützt werden sollen, dies aber über den unmittelbaren Schutz des GmbH-Vermögens geschieht.⁷²⁴

Auf der anderen Seite gibt es Autoren, die eine Übertragung des Schutzzweckzusammenhanges für die Untreue fordern⁷²⁵ oder nur die

Verletzung von vermögensschützenden Normen als untreuerelevante Pflichtwidrigkeit anerkennen wollen, was im Ergebnis der Forderung nach einem Schutzzweckzusammenhang entspricht.⁷²⁶ Angeführt wird immer wieder, dass die Untreue dem Vermögensschutz dient und nicht dem Schutz anderer Rechtsgüter.⁷²⁷ Würde auch die Verletzung nichtvermögensbezogener Verhaltensnormen eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB begründen, so würde die Untreue zu einem Universaldelikt, welches alle möglichen Rechtsgüter schützt. Dies könne nur verhindert werden, indem ein Schutzzweckzusammenhang bei der Untreue verlangt wird. Der faktische Austausch des Schutzgutes soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden.

Zunächst sei an den bereits angesprochenen Fall des Weinpanschers erinnert.⁷²⁸ Unzweifelhaft hat der Kellermeister, der den Wein gepanscht hat, gegen das Weingesetz verstoßen. Dass dies aber auch eine untreuerelevante Pflichtverletzung darstellen soll, erscheint zweifelhaft, dient doch das Weingesetz offensichtlich nicht dem Vermögensschutz. Der BGH nimmt dennoch eine vollendete Untreuestrafbarkeit an. Denn die Pflichtverletzung liegt in dem Verstoß gegen das Weingesetz, der Nachteil sei in der Gefahr eines behördlichen Verkaufsverbotes für den gepanschten Wein zu sehen. Wendet man auf diesen Fall das Kriterium des Schutzzweckzusammenhangs an, so scheitert eine Zurechnung an der fehlenden Parallelität der Schutzzwecke von Untreue und Weingesetz.

Ein weiteres Beispiel findet sich im Gesellschaftsrecht.⁷²⁹ Unterschreitet der GmbH- Geschäftsführer mit Einwilligung des Alleingesellschafters die nach § 30 GmbHG zwingende Untergrenze des Gesellschaftsvermögens, so macht er sich nach Ansicht des BGH einer Untreue schuldig.⁷³⁰ Wenn aber der Alleingesellschafter mit dem entsprechenden Verstoß einverstanden war, wird das Vermögen nicht mehr im Interesse des Treugebers geschützt, sondern im Interesse der Gläubiger. Faktisch wird § 266 StGB so zu einem Gläubigerschutzdelikt.⁷³¹

Die vorgenannten Probleme lassen sich dogmatisch einwandfrei mit dem Erfordernis des Schutzzweckzusammenhangs lösen. Denn dieser stellt sicher, dass nur dann eine Untreuestrafbarkeit in Betracht kommt, wenn der Treunehmer auch eine vermögensschützende Norm verletzt hat. So wird verhindert, dass die Untreue zu einer Superverbotsnorm aufgeblasen

wird, welche zahlreiche Verstöße gegen nicht vermögensschützende Pflichten strafrechtlich sanktioniert. Der Schutzzweckzusammenhang ermöglicht somit eine sachgerechte und mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot notwendige Restriktion des Untreuetatbestandes. Fraglich bleibt, ob auch die Struktur des Tatbestandes als Argument für eine Übertragung des Schutzzweckzusammenhanges herangezogen werden kann. Wie bereits aufgezeigt, ist die Untreue mit den Fahrlässigkeitsdelikten verwandt, wenn sie im Gegensatz zu diesen auch Vorsatz erfordert.⁷³² Bei den Fahrlässigkeitsdelikten wird dem Täter vorgeworfen, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen zu haben, während dem Untreuetäter vorgeworfen wird, dass er den Verhaltensregeln gegenüber seinem Geschäftsherrn nicht gerecht geworden ist. Sowohl bei den Fahrlässigkeitsdelikten als auch bei der Untreue hängt der Maßstab für die Verletzung der Pflicht beziehungsweise der gebotenen Sorgfalt maßgeblich von dem Umfeld ab, also der Täterposition, der Berufsklasse und dem Verkehrskreis des Täters.⁷³³ Dies wird im Bereich der Bankenuntreue besonders deutlich, wenn der Bankangestellte an der Maßfigur des ordentlichen Bankkaufmannes gemessen wird, denn auch bei Fahrlässigkeitsdelikten wird zumeist auf die Maßfigur des jeweiligen Verkehrskreises rekurriert.⁷³⁴ Bei den Fahrlässigkeitsdelikten wird die daraus resultierende Offenheit des Tatbestandes, welcher nahezu jede beliebige kausale Handlung ausreichen lässt, unter anderem mittels des Schutzzweckzusammenhanges eingeengt.⁷³⁵ Auch bei der Untreue reicht faktisch jede Pflichtverletzung, welche kausal für einen Nachteil ist, aus, um den objektiven Tatbestand der Untreue zu erfüllen. Die Struktur des Untreuetatbestandes legt eine Anwendung des Schutzzweckzusammenhanges somit nahe.⁷³⁶ Auch das Argument, dass zahlreiche anerkannte Untreue-Fallgruppen dann nicht mehr von § 266 StGB erfasst würden, trägt im Ergebnis nicht. Denn zunächst steht es dem Gesetzgeber frei, neue Straftatbestände zu schaffen, welche Konstellationen wie die Parteienuntreue oder die GmbH- Untreue in Zukunft erfassen, wenn er die entsprechenden Verhaltensweisen für strafbedürftig erachtet. Zudem besteht bei den angesprochenen Fallgruppen wie der Parteienuntreue oder der Untreue aufgrund der Zahlung von „Appreciation Awards“ bis heute kein Konsens über die Strafbarkeit dieser Konstellationen. Vielmehr sind gerade die zahlreichen

„Bindestrich“-Untreuekonstellationen hochgradig umstritten,⁷³⁷ sodass nicht von anerkannten Fallgruppen gesprochen werden kann.

Trotz der einschneidenden Wirkung für die bisherige Untreuedogmatik ist das Kriterium des Schutzzweckzusammenhangs für den Tatbestand der Untreue notwendig.⁷³⁸ Der Gefahr, die Untreue zu einem alles schützenden Universaldelikt aufzublasen, kann mit dem Kriterium des Schutzzweckzusammenhangs entgegengewirkt werden. Problematische Fallgruppen können mittels des Schutzzweckzusammenhangs dogmatisch stringent aus dem Tatbestand des § 266 StGB ausgeklammert werden. Letztendlich kann mittels des Schutzzweckzusammenhangs den verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf die Bestimmtheit des Tatbestandes entgegengewirkt werden, da der Tatbestand wieder auf seinen ursprünglichen Zweck, den Vermögensschutz zu gewährleisten, zurückgeführt wird. Somit ist der Schutzzweckzusammenhang trotz seiner einschneidenden Wirkung auf die bisherige Untreuedogmatik auf § 266 StGB zu übertragen.

b) Auswirkungen auf die Bankenuntreue

Die Pflichtwidrigkeit bei der Bankenuntreue kann auf verschiedenen Pflichtverstößen beruhen. Zum einen kann der Bankmitarbeiter gegen gesetzliche Pflichten, insbesondere gegen solche aus dem KWG, verstoßen. Daneben sind auch Verstöße gegen interne Satzungen oder Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis relevant. Letztlich kann auch die Verletzung der Pflichten eines ordentlichen Bankkaufmannes eine untreuerelevante Pflichtverletzung darstellen. Welche dieser Pflichten die Voraussetzungen des Schutzzweckzusammenhangs erfüllen, ist nun zu untersuchen.

aa) Schutzzweck der gesetzlichen Pflichten

Zunächst soll exemplarisch am KWG der Schutzzweck der gesetzlichen Pflichten aufgezeigt werden.⁷³⁹ Nur wenn der Zweck der KWG-Normen der Schutz des Bankvermögens ist, können diese eine untreuerelevante Pflichtverletzung begründen. Bevor die einzelnen Normen untersucht werden, ist nach dem übergeordneten Zweck des KWG zu fragen. Das KWG regelt das Bankenaufsichtsrecht in Deutschland. Sowohl die hohe

Bedeutung des Finanzsektors für das Funktionieren einer Volkswirtschaft als auch die Vertrauensempfindlichkeit der Anleger erfordern eine staatliche Aufsicht über die Banken. Zudem nutzen Bundesbank und Europäische Zentralbank die Schlüsselfunktionen der Kreditwirtschaft, um die Wirtschaftspolitik zu beeinflussen.⁷⁴⁰ In der Konsequenz ist der Zweck des KWG hauptsächlich die Gewährleistung eines funktionsfähigen Kreditgewerbes im Interesse der Gesamtwirtschaft.⁷⁴¹ Wenn dies der einzige Schutzzweck des KWG ist, fehlt es an der Schutzzweckidentität zwischen dem KWG und dem Tatbestand der Untreue. Folglich wäre eine Verletzung von KWG-Normen für den Tatbestand der Untreue irrelevant.⁷⁴² Zu diesem Ergebnis kommen in der Tat auch *Lenckner/Perron*.⁷⁴³ Da das KWG auch von Privatbankiers zu beachten ist, dürfen KWG-Normen nicht dem Schutz des Bankvermögens dienen, da der Privatbankier bei der Disposition über sein Vermögen grundsätzlich frei ist, so ihre Argumentation.⁷⁴⁴ Auch die sonstigen Schutzzwecke des KWG dienen nicht dem Schutz des Bankvermögens als solchem.⁷⁴⁵ Vielmehr soll das KWG weiteren überindividuellen Rechtsgütern, wie dem allgemeinen Sozialschutz und Gläubigerinteressen, dienen oder das Vertrauen der Bevölkerung in die Kreditwirtschaft sicherstellen.⁷⁴⁶

Der Schutzzweck des KWG ist somit nicht der Schutz des Bankvermögens. Daraus den Schluss zu ziehen, die Verletzung einer KWG-Norm wäre nicht untreuerelevant, wäre jedoch verfrüht. Bevor ein abschließendes Urteil über die Relevanz der KWG-Normen im Zusammenhang mit der Bankenuntreue gefällt werden kann, muss noch die Gesetzestechnik des KWG untersucht werden. Denn auch wenn das KWG die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft gewährleisten will, ist noch nichts darüber ausgesagt, ob dies nicht doch den Schutz der einzelnen Bankvermögens zur Folge hat. Fraglich ist insbesondere, ob eine Norm, welche zwar unmittelbar das Vermögen schützt, aber hierüber einen anderen Schutzzweck verfolgt, den Schutzzweckzusammenhang erfüllen kann oder nicht. Hierzu werden exemplarisch die wichtigsten Normen im Zusammenhang mit Kreditvergaben untersucht.

(1) Zweck von § 18 KWG

Die zentrale Norm für Kreditvergaben im KWG ist § 18 KWG, welche

eine Informations- und Prüfpflicht für Kredite ab € 750.000.- oder zehn Prozent des haftenden Eigenkapitals der Bank statuiert. Sie soll verhindern, dass Kredite vergeben werden, ohne dass vorher hinreichend Informationen über die Bonität des Kreditnehmers eingeholt und die Chancen und Risiken des Kreditengagements abgewogen wurden.⁷⁴⁷ Folglich soll § 18 KWG die Vergabe von zu riskanten Krediten verhindern.⁷⁴⁸ Damit schützt § 18 KWG aber unmittelbar das Vermögen der Bank, denn dieses wird durch die Vergabe zu riskanter Kredite gefährdet oder sogar geschädigt. Dies scheint auf den ersten Blick in einem Widerspruch zu dem übergeordneten Schutzzweck des KWG zu stehen, da dieses gerade nicht dem Schutz des Bankvermögens dient. Hier ist jedoch zu unterscheiden zwischen dem Mittel und dem Zweck der jeweiligen Norm. Der Schutz des Bankvermögens ist das gesetzgeberische Mittel, welches dem übergeordneten Zweck, dem Schutz des Kreditwesens, dient. Demnach schützt § 18 KWG nur das Bankvermögen, um die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft zu schützen, nicht aber um das jeweilige Kreditinstitut vor Vermögensverlusten zu schützen. Nur so lässt sich auch erklären, weswegen auch Privatbankiers § 18 KWG befolgen müssen, denn diesen steht es grundsätzlich frei, ihr Vermögen auch entgegen jedweder bankkaufmännischer Sorgfalt zu verwenden.⁷⁴⁹ Da § 18 KWG aber den Schutz der gesamten Kreditwirtschaft bezweckt, kann dieser nur gewährleistet werden, wenn auch die gesamte Kreditwirtschaft § 18 KWG zu beachten hat. Der Schutz des einzelnen Kreditinstitutes ist somit ein Reflex des angestrebten Schutzes der gesamten Kreditwirtschaft.⁷⁵⁰ Der Schutzzweck von § 18 KWG kann somit umschrieben werden, als der Schutz der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft *durch* den Schutz der Vermögen sämtlicher Kreditinstitute.

(2) Zweck weiterer KWG-Vorschriften

Untersucht man weitere KWG-Vorschriften auf ihren jeweiligen Schutzzweck, so stellt sich schnell heraus, dass sich die Vorschriften im Wesentlichen in zwei Arten unterscheiden lassen. Zum einen gibt es Vorschriften, welche allgemein die Organisation der Kreditinstitute und die Arbeitsprozesse regeln. Im Zusammenhang mit Kreditvergaben werden diese Vorschriften regelmäßig nicht relevant. Zum anderen gibt es

Vorschriften, welche unmittelbar Regelungen für einzelne Kreditvergaben aufstellen.

So regelt § 14 KWG die Anzeigepflicht für Millionenkredite, demnach müssen Kredite ab € 1,5 Mio. der Bundesbank angezeigt werden. Die Bundesbank prüft dann, ob der Kreditnehmer weitere Kreditverpflichtungen hat und meldet diese dem betroffenen Kreditinstitut. Hierdurch soll dem Kreditinstitut eine bessere Einschätzung der Bonität des Kreditnehmers ermöglicht werden. Auch diese Vorschrift bedient sich somit der Gesetzestechnik, welche über den Vermögensschutz des einzelnen Kreditinstitutes die Funktionsfähigkeit des Kreditwesens sicherstellen will. Auch § 14 KWG schützt somit nur als Reflex das Vermögen der Bank.⁷⁵¹

Weitere für Kreditvergaben relevante Regelungen finden sich in §§ 13ff. KWG. Dort wurden Regelungen zu Großkrediten getroffen. Vor allem die in § 13 Absatz 3 KWG geregelte Großkrediteinzelobergrenze ist hier von Bedeutung. Demnach darf eine Bank an einen Kreditnehmer nur Kredite bis zu einer gewissen Höhe ihres haftenden Eigenkapitals vergeben.⁷⁵² Dies soll die Abhängigkeit der Bank von einem einzelnen Großkreditnehmer verhindern. Gerade bei kleineren Kreditinstituten besteht sonst häufig die Gefahr, dass die Insolvenz des wichtigsten Kreditnehmers das gesamte Institut in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt.⁷⁵³ Zweifelhaft ist, ob auch diese Norm das Vermögen der Bank schützt, um die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft zu gewährleisten. *Martin* ist der Ansicht, es handele sich um eine Vorschrift, welche lediglich das allgemeine Kreditgeschäftsgebarren der Bank regule und auf das Minimieren der Einzelrisiken abzielt. Solche Normen dienen nicht dazu, den Ausfall des konkreten Kredites zu verhindern und könnten folglich auch keine Rolle für den Tatbestand der Untreue spielen.⁷⁵⁴ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Normen durchaus das Vermögen der Bank schützen, da ein solcher Schutz gerade auch über das Minimieren von Einzelrisiken erreicht werden kann. Auch § 13 KWG schützt somit das Vermögen des einzelnen Kreditinstitutes, um die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft sicherzustellen.

bb) Maßgeblichkeit des Schutzzwecks

Die Untersuchung des Kreditwesengesetzes hat zu einem auslegungsbedürftigen Ergebnis geführt. Unumstritten ist, dass der übergeordnete Zweck des Kreditwesengesetzes nicht in dem Vermögensschutz gesehen werden kann. Vielmehr soll es die Funktionsfähigkeit des Kreditwesens gewährleisten und das Vertrauen der Bevölkerung in den Finanzsektor bewahren.⁷⁵⁵ Auf der anderen Seite schützen einzelne Normen des Kreditwesengesetzes unmittelbar das Vermögen der Bank. Der Schutz des Bankvermögens ist eines der gesetzes-technischen Mittel, derer sich der Gesetzgeber bedient hat, um die übergeordneten Ziele des KWG zu erreichen. Denn die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft kann unter anderem dadurch gewährleistet werden, dass die Funktionsfähigkeit aller Einzelinstitute gesichert ist. Dies wiederum kann über einen Schutz der einzelnen Kreditinstitute vor Vermögensschäden erfolgen. Fraglich ist nun, was für den Schutzzweckzusammenhang maßgeblich ist. Der Schutzzweck des KWG könnte maßgeblich sein, also das übergeordnete Gesamtziel des KWG. Alternativ könnte die einzelne KWG-Norm heranzuziehen sein. Hier kann wiederum unterschieden werden zwischen dem Zweck der Norm und der Art und Weise, wie dieser Zweck erreicht werden soll.

Gegen die Maßgeblichkeit des allgemeinen Zwecks aller KWG-Normen spricht, dass dieser notwendig unpräzise bleibt. Auch dürfte es bei zahlreichen Gesetzen kaum möglich sein, ein allen Normen gemeinsames Gesamtziel zu identifizieren. Worin sollte etwa der übergeordnete Zweck des BGB liegen?⁷⁵⁶ Vielmehr ist der Normalfall, dass mit einem Gesetz zahlreiche Ziele verfolgt werden. Folglich kommt es auf den Schutzzweck der konkret verletzen Sorgfaltsnorm an.⁷⁵⁷ Hier stellt sich nun die Frage, wie es zu bewerten ist, dass das Vermögen der Kreditinstitute nur geschützt wird, um die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft sicherzustellen. Die Problematik ist vergleichbar mit der Frage, ob eine Verletzung von § 30 GmbHG untreuerelevant werden kann oder nicht.⁷⁵⁸ Während bei der Bankenuntreue das Vermögen der Bank im Interesse eines funktionierenden Kreditwesens geschützt wird, wird bei der GmbH-Untreue das Vermögen im Interesse der GmbH-Gläubiger geschützt.

Wie bereits aufgezeigt, ist der überwiegende Teil der Literatur der Ansicht, es komme nicht auf die Frage an, warum das Vermögen der Bank geschützt wird, sondern es reiche aus, dass das Vermögen der Bank

geschützt wird.⁷⁵⁹ Der maßgebliche Schutzzweck der Norm könne bei Vorliegen einer entsprechenden Regelung, unabhängig von den tatsächlichen Interessen des Vermögensinhabers, zu bestimmen sein. Wie bei der GmbH-Untreue gilt auch bei der Bankenuntreue, dass die entsprechenden Normen das Vermögen der Bank schützen und eine Verletzung somit eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit darstellen kann. Es komme nicht auf die Frage an, *warum* das Vermögen geschützt werde, also in wessen Interesse, sondern es reiche aus, *dass* das Vermögen der Bank geschützt wird.⁷⁶⁰ Etwas anders sieht *Waßmer* den Zweck der KWG-Normen. Ihm zufolge haben die KWG-Normen einen doppelten Schutzzweck, welcher sowohl das Bankvermögen als auch weitere Interessen, insbesondere die der Bankgläubiger, schützt. Im Ergebnis hält er eine Verletzung von KWG-Normen ebenfalls für relevant.⁷⁶¹

Wie bereits erwähnt sind andere Autoren der Ansicht, die Verletzung einer Norm, welche nicht den Interessen des Vermögensinhabers dient, könne nie zu einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB führen.⁷⁶² Andernfalls würde das Schutzgut der Untreue vertauscht und der Tatbestand des § 266 StGB missbraucht, um andere Rechtsgüter zu schützen.⁷⁶³ Auch führen die Kritiker an, dass das KWG auch für Privatbankiers gelte, welche unbeschränkt über ihr Vermögen disponieren können, folglich könne das KWG nicht dem Vermögensschutz dienen.⁷⁶⁴

Die Position der Rechtsprechung ist in diesem Punkt, wie *Laskos* gezeigt hat, weitestgehend offen.⁷⁶⁵ Auch die neueren Urteile des BGH zur Bankenuntreue haben hier nicht für Klarheit gesorgt, lassen aber doch eine Tendenz erkennen. So hat gerade das Urteil des BGH vom 6.4.2000 deutlich gemacht, dass der Verstoß gegen § 18 KWG für eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit nicht ausreicht.⁷⁶⁶ Vielmehr komme es darauf an, ob der Bankmitarbeiter seinen Prüf- und Informationspflichten nachgekommen ist. Die Rechtsprechung scheint somit die Verletzung von § 18 KWG nicht unmittelbar für untreuerelevant zu halten, sondern stellt auf andere Pflichten ab. Ob die Rechtsprechung § 18 KWG nicht mit einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB gleichsetzt, weil dieser nicht dem Ziel des Vermögensschutzes dient, sondern das Vermögen nur als Mittel zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Kreditwesens ansieht, kann dem Urteil jedoch nicht entnommen werden. Die Haltung der

Rechtsprechung ist somit interpretationsfähig.

Die überwiegende Anzahl der Autoren ist der Ansicht, der Schutzzweckzusammenhang sei bei der Untreue bereits erfüllt, wenn eine Norm verletzt wird, die das Vermögen nur schützt, um einen anderen Zweck zu erreichen.⁷⁶⁷ Es kommt demnach nicht darauf an, warum das Vermögen geschützt wird, vielmehr ist es für den Schutzzweckzusammenhang ausreichend, dass das Vermögen geschützt wird. Dieser Betrachtung ist vehement zu widersprechen. Bereits die Termini „Schutzzweckzusammenhang“ und „Schutzzweck der Norm“ machen deutlich, dass es auf den Zweck der Norm ankommt. Schützt eine Norm aber das Vermögen nur, um damit einem anderen Zweck zu dienen, so bezweckt diese Norm gerade nicht den Vermögensschutz. Der Vermögensschutz stellt vielmehr das Mittel dar, um ein anderes Ziel zu erreichen.⁷⁶⁸ Dieses Ziel ist bei den Normen des Kreditwesengesetzes die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft. Für diese Ansicht spricht auch, dass das Vermögen uneingeschränkt der Disposition seines Inhabers unterliegt. Eine Norm, welche den Zweck hat, das Vermögen zu schützen, dürfte dann für Privatbankiers keine Geltung entfalten. Das KWG gilt aber unbestritten auch für Privatbankiers. Folglich liegt ihr Zweck nicht in dem Schutz des Bankvermögens, sondern dient dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft. Andernfalls würde dem Vermögensinhaber mittels des Tatbestandes der Untreue eine strafbewährte Dispositionsschranke auferlegt. Die Untreue würde dann nicht mehr dem Vermögensschutz dienen, sondern der Einhaltung von staatlich auferlegten Dispositionsschranken.⁷⁶⁹ Das Schutzgut der Untreue würde vertauscht, und der Tatbestand würde zum Schutz verschiedenster Rechtsgüter herangezogen werden können. Letztendlich findet sich auch im KWG selbst ein Argument gegen die Ansicht, welche einen Verstoß gegen KWG-Normen für untreuerelevant hält. So hat der Gesetzgeber KWG- Verstöße bereits nach § 56 KWG bußgeldbewährt und der BaFin die Möglichkeit sanktionierender Maßnahmen eingeräumt. Diese Sanktionen sind weitestgehend entbehrlich, wenn der Bankmitarbeiter bei einem Verstoß gegen KWG-Normen bereits Gefahr läuft, sich wegen Untreue strafbar zu machen.⁷⁷⁰

Der Schutzzweckzusammenhang ist folglich nur erfüllt, wenn die verletzte Norm auch den Zweck verfolgt, das Vermögen zu schützen. Wird der

Vermögensschutz nur als gesetzgeberisches Mittel genutzt, um andere Zwecke zu erreichen, so fehlt es an dem Schutzzweckzusammenhang. Bei den Vorschriften des KWG dient der Vermögensschutz stets nur dem Zweck, die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft sicherzustellen. Somit ist die Verletzung einer KWG-Norm nicht relevant für die Pflichtverletzung bei der Untreue.⁷⁷¹

cc) Schutzzweck der internen Regularien

Neben den gesetzlichen Normen unterliegen Bankmitarbeiter auch zahlreichen internen Regelungen. Hierzu gehören vor allem die Satzung der Bank, Dienstanweisungen und Kompetenzgrenzen sowie die Regelungen in Arbeitsverträgen. Inwieweit diese dem Schutz des Bankvermögens dienen, ist eine Auslegungsfrage der jeweiligen Regelung. Eine Untersuchung der bankinternen Regularien auf ihren Schutzzweck ist hier nicht das Ziel, noch wäre es in Anbetracht der, von Institut zu Institut unterschiedlichen, Ausgestaltung der Regelungen möglich. Dennoch soll sich hier einem Aspekt gewidmet werden, welcher regelmäßig relevant wird.

Soeben konnte festgestellt werden, dass die Regelungen des KWG nicht dem Schutz des Bankvermögens dienen. Fraglich ist aber, ob dies auch dann gilt, wenn der Vermögensinhaber sich diese Regelungen zu eigen gemacht hat. Also der Vermögensinhaber den Willen hat, dass die Regelungen befolgt werden. Diese Frage ist deswegen von besonderem Interesse, da sich bei Kreditinstituten in Form einer AG oder einer GmbH die Bankmitarbeiter bereits in ihren Arbeitsverträgen zu einer Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften verpflichten.⁷⁷² Durch Auslegung einer solchen Verpflichtung kann man zu dem Ergebnis kommen, dass die Unternehmen die Einhaltung dieser Pflichten im Interesse eines effektiven Vermögensschutzes fordern.⁷⁷³ Dann würde den KWG-Normen über den Umweg des Arbeitsvertrages doch noch der Schutzzweck des Vermögens zukommen und somit könnte eine Verletzung relevant für die Untreue werden. Dagegen spricht jedoch, dass die Banken intern umfassende Regelungen mit Kompetenzgrenzen und Verfahrensregeln erlassen, welche dazu dienen, das Bankvermögen vor zu riskanten Krediten zu schützen. Dieses Regelwerk entspricht vollumfänglich dem Interesse des Vermögensinhabers und dient dem Schutz des Bankvermögens. Die

oktroierten gesetzlichen Pflichten dürften sich hingegen nur in Ausnahmefällen mit den Interessen der Banken decken. Die Verpflichtung, gesetzliche Vorschriften einzuhalten, dürfte im Normalfall somit der Vermeidung von Ordnungswidrigkeitsverfahren und dem Interesse eines gesetzeskonformen Bankbetriebes dienen. Anderes kann nur gelten, wenn ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die gesetzlichen Pflichten im Interesse eines optimalen Schutzes des Bankvermögens einzuhalten sind.

c) Zwischenergebnis

Der Schutzzweckzusammenhang ist für die Untreue ein relevantes Merkmal der objektiven Zurechnung. Auch die einschneidenden Auswirkungen auf zahlreiche anerkannte Untreue-Fallgruppen ändern nichts an der Notwendigkeit der Übertragung des Schutzzweckzusammenhanges auf § 266 StGB. Das KWG verfolgt nicht den Zweck, das Bankvermögen im Interesse der Bankinhaber zu schützen und dient somit nicht dem Schutz des Bankvermögens. Der Schutzzweck der KWG-Normen ist folglich nicht identisch mit dem Schutzzweck der Untreue. Das einzelne KWG-Normen das Vermögen schützen, kann hieran nichts ändern, da auch diese Normen den Zweck verfolgen, die Funktionsfähigkeit des Kreditwesens zu sichern. Die Verletzung einer KWG-Norm erfüllt somit nicht den Schutzzweckzusammenhang und ist mithin für die Frage der Strafbarkeit nicht unmittelbar relevant.

3. Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr

Die objektive Zurechnung erfordert neben den bereits besprochenen Zurechnungszusammenhängen auch, dass der Täter eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat.⁷⁷⁴ Mittels dieses Kriteriums sollen zunächst Fälle ganz entfernter Verursachungen ausgeschlossen werden, wie etwa die Zeugung des späteren Diebes.⁷⁷⁵ Zweifelhaft ist zunächst die Relevanz dieses Kriteriums für die Untreue und insbesondere für die Bankenuntreue. Trotz der Beschäftigung mit der Thematik der objektiven Zurechnung im Bereich der Untreue, hat kaum ein Autor zu dem Kriterium der Gefahrschaffung Stellung genommen oder ihm eine Relevanz zugemessen.⁷⁷⁶ Wie *Saliger* jedoch gezeigt hat, kann ein von der herrschenden Meinung anerkannter Rechtssatz unter dem Merkmal der

Gefahrschaffung verortet werden.⁷⁷⁷

a) Ausgleichswilligkeit und Ausgleichsfähigkeit des Täters

Bei der Untreue ist anerkannt, dass der Tatbestand nicht erfüllt ist, soweit der Täter ausgleichsbereit und ausgleichsfähig ist.⁷⁷⁸ Hierfür müssen ständig eigene liquide Mittel zur Verfügung gehalten werden und der Ausgleich auch tatsächlich ermöglicht werden. Bislang verorten Rechtsprechung und herrschende Meinung diesen Rechtssatz bei dem Merkmal des Vermögensnachteils.⁷⁷⁹ Diese Einordnung ist systematisch unbefriedigend.⁷⁸⁰ Zunächst widerspricht es der Methodik der Nachteilsberechnung, die Ausgleichswillig- und Ausgleichsfähigkeit im Rahmen der Saldierung zu berücksichtigen. Denn hierbei handelt es sich allein um eine wirtschaftliche Gegenüberstellung von Vermögenspositionen, die Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit ist wirtschaftlich aber kaum zu erfassen und kann folglich auch nicht in die Saldierung eingestellt werden. Zudem versperrt die Einordnung beim Nachteil die Möglichkeit von Restriktionen mittels des Unmittelbarkeitsprinzips.⁷⁸¹ Auch das Merkmal der Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr kann somit bei der Untreue relevant werden.⁷⁸²

Für die Fallgruppe der Bankenuntreue ist zu konstatieren, dass es bei der bereits angedeuteten geringen Relevanz des Merkmals bleibt. Zum einen fehlte es meist an der Ausgleichswilligkeit der Täter, zum anderen sind die Vermögensschäden in der Fallkonstellation der Bankenuntreue meist so hoch, dass es auch an der Ausgleichsfähigkeit der Täter fehlt. Dennoch ist eine gewisse Relevanz in zukünftigen Fällen dem Merkmal der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit nicht abzusprechen, was eine genauere Untersuchung der Ausgleichsfähigkeit zeigt: Zunächst ist fraglich, auf was sich die Ausgleichsfähigkeit im Bereich der Bankenuntreue beziehen muss. Man könnte fordern, dass der Täter bezüglich des gesamten Kreditvolumens ausgleichsfähig sein müsste. Wäre dies der Fall, dürfte es aufgrund der meist hohen Kreditvolumina fast immer an der Ausgleichsfähigkeit des Täters fehlen. Eine solche Betrachtung widerspricht aber der Struktur der Untreue. Wie bereits aufgezeigt, ist der Vermögensnachteil immer nur in der Differenz zwischen dem Wert der

erhaltenen Forderungen und dem Kreditvolumen zu sehen. An der Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr fehlt es somit schon dann, wenn der Täter bereit und fähig ist, diese Differenz dem Treugeber zu erstatten. Auch hier kommt es auf die spätere Entwicklung des Kreditengagements nicht an. Selbst wenn der Kredit komplett ausfallen sollte, müsste der Täter nur die Differenz zwischen dem Wert der Forderungen gegen den Kreditnehmer und dem Kreditvolumen zum Ausgleich vorhalten, um sich straflos zu halten. Auch die Gefahrschaffung kann somit in eng umgrenzten Rahmen auch zur Restriktion im Bereich der Bankenuntreue herangezogen werden.

b) Fehlende Gefahrschaffung auch bei Ausgleichswilligkeit und Ausgleichsfähigkeit des Teilnehmers?

Soeben wurde gezeigt, dass die Ausgleichswilligkeit und Ausgleichsfähigkeit des Täters die objektive Zurechnung unterbrechen kann. Somit kann der Täter sich zumindest vor strafrechtlicher Ahndung schützen, wenn er entsprechende Mittel zum Ausgleich bereithält. In der Konstellation der Bankenuntreue stellt sich die Frage, wie es sich mit der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit etwaiger Teilnehmer verhält. Dass die Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit von Teilnehmern bei der Bankenuntreue besonders relevant ist, soll an einem Beispiel verdeutlicht werden:

Der Schokoladenfabrikant S stiftet den Bankmitarbeiter B dazu an, seinem Unternehmen einen Kredit ohne hinreichende Sicherheiten zu geben. Der Bankmitarbeiter vergibt den Kredit und macht sich einer Bankenuntreue nach § 266 StGB schuldig (vorbehaltlich der Frage, ob und wie sich die Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers auswirkt). B ist aufgrund des hohen Vermögensnachteils nicht ausgleichsfähig. Der vermögende S ist ausgleichsfähig und ausgleichswillig und hat in seinem Privatvermögen durchgehend entsprechende Mittel bereitgehalten.

In der Großzahl der bisherigen Fälle zur Bankenuntreue ging die Initiative für den strafrechtlich relevanten Kredit von dem Kreditnehmer aus. Häufig geht die Mitwirkung des Kunden an der Vergabe des Kredites über das übliche Maß eines Kreditantrages hinaus, so- dass eine Strafbarkeit wegen Teilnahme in Betracht kommt. Da der Bankkunde, der den Kredit

beantragt, häufig vermögender ist als der Bankmitarbeiter, könnte die Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit gerade beim Teilnehmer besonders relevant sein. Zweifelhaft ist aber, ob die Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers überhaupt berücksichtigt werden kann und falls ja, ob sie für Täter und Teilnehmer wirkt oder nur für den Teilnehmer.

Die Verwirklichung des Unrechts durch den Täter spricht zunächst gegen eine Berücksichtigungsfähigkeit der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers. Denn der Täter selbst verursacht den Nachteil. Ob jemand anderes bereit ist, für diesen einzustehen, kann die Gefahrrealisierung nicht unterbrechen. Auf der anderen Seite sprechen gewichtige Gründe für eine Berücksichtigung der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers. Dieser ist im Falle der Bankenttrevue regelmäßig der Begünstigte des Geschäftes und hat somit ein hohes Interesse an dem Gelingen des Geschäftes. Zugleich hängt aber seine Strafbarkeit ebenso von dem Vorliegen eines Nachteils ab, wie die des Täters selbst. Dass nur der Täter selbst aufgrund seiner Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit den Zurechnungszusammenhang unterbrechen kann, führt zu einem unbilligen Ergebnis, denn dem Teilnehmer würde eine Möglichkeit genommen, sich straflos zu halten, welche dem Täter eröffnet ist. Auch ist die Frage der Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr nicht davon abhängig, gegen wen sich ein zivilrechtlich werthaltiger Ausgleichsanspruch richtet, vielmehr kommt es allein darauf an, dass ein solcher Anspruch besteht. Soweit der Teilnehmer auch zivilrechtlich in Anspruch genommen werden kann und zudem entsprechende liquide Mittel zum Ausgleich bereithält, fehlt es an der Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr auch dann, wenn der Teilnehmer ausgleichswillig und -fähig ist. Folglich unterbricht auch die Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers den Zurechnungszusammenhang.

Die sich unmittelbar anschließende Frage ist, wie sich dieses Ergebnis für den Täter selbst auswirkt. Man könnte seine Strafbarkeit davon abhängig machen, ob er Kenntnis von der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers hatte. Alternativ könnte man die Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers bei der Frage der Strafbarkeit des Täters vollkommen ausklammern und immer nur auf die eigene Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit abstellen. Ein solches Vorgehen wäre

dogmatisch jedoch fehlerhaft. Denn die Frage der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit unterbricht die objektive Zurechnung. Fehlt es an dieser, ist der objektive Tatbestand der Untreue nicht verwirklicht, mithin kann auch der Täter nicht mehr aufgrund einer vollendeten Untreue bestraft werden. Fehlt dem Täter die Kenntnis der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit, so hat er den subjektiven Unrechtstatbestand verwirklicht, es fehlt aber ein Merkmal des objektiven Tatbestandes, mithin liegt ein klassischer Fall des Versuchs vor. Da dieser bei § 266 StGB nicht strafbar ist, ist die Kenntnis von der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit des Teilnehmers für den Täter nicht von Bedeutung.

c) Zwischenergebnis

Entgegen der herrschenden Ansicht, ist die Frage der Ausgleichswilligkeit und -fähigkeit nicht beim Vermögensnachteil zu verorten, sondern bei der objektiven Zurechnung. Konkret bei dem Merkmal der Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr. Hierüber kann eine Restriktion des Untreuetatbestandes erreicht werden, welche voraussetzt, dass der Täter oder ein Teilnehmer ausgleichswillig und ausgleichsfähig ist. Im Bereich der Bankenuntreue dürfte es zumeist an der Ausgleichsfähigkeit des Bankmitarbeiters fehlen, sodass eine Restriktion nur möglich ist, wenn der Teilnehmer ausgleichswillig und ausgleichsfähig ist. Zu beachten ist, dass sich die Ausgleichsfähigkeit nur auf die Wertdifferenz zwischen dem ausgereichten Darlehensvaluta und den erlangten Forderungen der Bank beziehen muss und nicht auf den gesamten Kredit, da der Nachteil auch nur in der Wertdifferenz zu sehen ist. Somit dürfte in einer Vielzahl der Fälle zumindest die Ausgleichsfähigkeit gegeben sein, zu der freilich noch die Ausgleichswilligkeit hinzukommen muss.

IV. Ergebnis zur objektiven Zurechnung

Die Untersuchung hat ergeben, dass die objektive Zurechnung auch auf die Untreue angewendet werden muss. Die Struktur des § 266 StGB und die Parallelen zu den Fahrlässigkeitsdelikten sowie der Wortlaut des Tatbestandes legen eine Anwendung der objektiven Zurechnung nahe. Mittels der objektiven Zurechnung können die notwendigen Restriktionen erreicht werden und der Tatbestand auf ein verfassungsrechtlich

unbedenkliches Maß zurückgeführt werden. Gegenüber den zahlreichen sonstigen Restriktionsversuchen hat die objektive Zurechnung den Vorteil, dass sie eine allgemein anerkannte und dogmatisch weit fortgeschrittene Lehre ist. Zudem greift sie bereits auf Ebene des objektiven Tatbestandes und macht die Eingrenzung des zu weit geratenen objektiven Tatbestandes von § 266 StGB mittels strenger Anforderungen an den Vorsatz überflüssig. Es wird so nicht versucht, die Probleme über den Vorsatz zu korrigieren, sondern diese werden bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestandes gelöst, wo sie auch entstehen. Dies dient vor allem der Rechtssicherheit für die handelnden Akteure, die nicht mehr von den Überzeugungen des Richters bezüglich ihrer inneren Einstellung abhängig sind.

Am Beispiel der Bankenuntreue konnte gezeigt werden, dass die Restriktion der objektiven Zurechnung zahlreiche problematische Fälle aus dem Tatbestand ausklammern kann. Die im ersten Abschnitt geforderte Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 266 StGB auf strafwürdige Verhaltensweisen kann folglich mittels der Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand gewährleistet werden.

Mit der Lehre von der objektiven Zurechnung ist somit eine Möglichkeit gefunden worden, den Anwendungsbereich des § 266 StGB auf ein verfassungskonformes Maß zurückzuschneiden, ohne dass es fragwürdiger Korrekturen im Einzelfall bedarf.

E. Unmittelbarkeitsprinzip

Neben der objektiven Zurechnung wird in jüngster Zeit die Übertragung des Unmittelbarkeitsprinzips auf die Untreue gefordert.⁷⁸³ Im Folgenden soll untersucht werden, ob das Unmittelbarkeitsprinzip auf die Untreue angewendet werden kann und wie es sich auf die Fallgruppe der Bankenuntreue auswirkt.

I. Anwendbarkeit auf § 266 StGB

Das Unmittelbarkeitsprinzip besagt, dass der Nachteil unmittelbar auf die Pflichtverletzung zurückgehen muss.⁷⁸⁴ Seinen Ursprung hat es in der

Betrugsdogmatik. Seine Aufgabe besteht dort vor allem darin, den Betrug als Selbstschädigungsdelikt von dem Diebstahl als Fremdschädigungsdelikt abzugrenzen.⁷⁸⁵ Daneben hat das Unmittelbarkeitsprinzip auch eine tatbestandsbegrenzende Funktion, da es sicherstellt, dass nur Vermögensabflüsse, die unmittelbar auf das Täterhandeln zurückgehen, berücksichtigt werden. Somit scheiden Nachteile aus, welche erst mittelbar durch die Handlung eines nicht beeinflussbaren Dritten eintreten oder zeitlich nicht unmittelbar auf die Pflichtverletzung folgen.⁷⁸⁶ Zudem begrenzt es den Gefährdungsschaden, da es nur erfüllt ist, wenn die Gefährdung unmittelbar zu einem effektiven Schaden führt. Mit diesen Funktionen weist das Unmittelbarkeitsprinzip Parallelen und Überschneidungen zur objektiven Zurechnung auf.⁷⁸⁷

Das OLG Hamm hat die Übertragung des Unmittelbarkeitsprinzips auf die Untreue in ihrer AStA-Entscheidung ausdrücklich abgelehnt.⁷⁸⁸ Dieses sei ein betrugsspezifisches Kriterium, welches die Abgrenzung zum Diebstahl sicherstellen soll und spiele bei der Untreue somit keine Rolle. Ein ausdrückliches Bekenntnis des BGH zu der Thematik fehlt bislang.⁷⁸⁹ Jedoch finden sich in BGH-Entscheidungen Hinweise auf eine teilweise Anerkennung des Unmittelbarkeitsprinzips.⁷⁹⁰ So fordert der BGH bei einer schadensgleichen Vermögensgefährdung stets, dass diese konkret sein muss.⁷⁹¹ *Konkret* ist eine Vermögensgefährdung erst dann, wenn sie unmittelbar in einen richtigen Schaden übergehen kann, oder wie der BGH es formuliert **„mit dem alsbaldigen Eintritt eines entsprechenden endgültigen Schadens zu rechnen [ist]“**.⁷⁹²

Der Großteil der Literatur schweigt zu dem Erfordernis des Unmittelbarkeitsprinzips bei der Untreue. Die wenigen Stimmen, die sich zum Unmittelbarkeitsprinzip geäußert haben, befürworten eine Übertragung auf die Untreue.⁷⁹³ Einzig *Martin*⁷⁹⁴ hat sich bislang gegen eine Anwendung ausgesprochen. Sie folgt der Ansicht des OLG Hamm, wonach das Unmittelbarkeitsprinzip dem Tatbestand der Untreue fremd ist, insbesondere bedürfe es bei der Untreue keines solchen Merkmales, da eine Abgrenzung zum Diebstahl nicht erforderlich sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Abgrenzung zum Diebstahl nur eine unter mehreren Funktionen des Unmittelbarkeitsprinzips ist.⁷⁹⁵ Für eine Übertragung des Unmittelbarkeitsprinzips spricht hingegen die

systematische Nähe zu § 263 StGB sowie der Wortlaut von § 266 StGB, welcher verlangt, dass der Vermögensnachteil *durch* die Pflichtverletzung hervorgerufen wird.⁷⁹⁶ Außerdem wäre es inkonsequent, bei der Ermittlung des Vermögensnachteils unterschiedliche Regeln für Vermögensabflüsse und -zuflüsse aufzustellen. Dies wäre aber der Fall, wenn das Unmittelbarkeitsprinzip nicht angewendet würde. Denn für Vermögenszuflüsse gilt, dass sie nur berücksichtigt werden, wenn sie unmittelbar auf das Täterhandeln zurückgehen. Würde beim Vermögensnachteil auch die mittelbare Verursachung ausreichen, würde für Vermögensabflüsse eine andere Regelung angewandt. Auch mittelbar verursachte Nachteile würden zu Lasten des Täters in Ansatz gebracht. Allein dies zeigt, dass das Unmittelbarkeitsprinzip auch bei der Untreue angewandt werden muss. *Matt/Saliger* verweisen zudem darauf, dass das Unmittelbarkeitsprinzip auch die konkrete Vermögensgefährdung⁷⁹⁷ sinnvoll begrenzt. Denn nur wenn die Gefährdung unmittelbar in einen Vermögensnachteil umschlagen kann, ist sie hinreichend konkret, um dem Nachteil gleich gestellt zu werden.⁷⁹⁸

Als weiteres Argument für das Unmittelbarkeitsprinzip wird auf die Ordnungswidrigkeitsfälle nach § 30 OWiG verwiesen: Löst das Verhalten des Geschäftsführers und Trenehmers eine Geldbuße nach § 30 OWiG gegen die Gesellschaft aus, so liegt unzweifelhaft eine Pflichtverletzung vor, welche kausal für die Geldbuße gegenüber der GmbH ist.⁷⁹⁹ Pflichtverletzung und Vermögensnachteil liegen somit vor. Im Ergebnis müsste jede vorsätzliche Ordnungswidrigkeit, welche eine Geldstrafe zu Lasten des Unternehmens auslöst, auch zu einer Strafbarkeit wegen Untreue führen.⁸⁰⁰ Berücksichtigt man, dass der Gesetzgeber sich entschieden hat, das entsprechende Verhalten nur mit einer Ordnungswidrigkeit zu ahnden und nicht auch als Straftat, so erscheint eine solche Anwendung der Untreue als verfehlt. Das Mittel der Geldbuße gegen Unternehmen würde dem Gesetzgeber faktisch genommen, da immer die Gefahr besteht, dass dies zugleich eine Untreuestrafbarkeit auslöst. Die Untreue würde dann zu einem Universaldelikt, welches jedes erdenkliche Rechtsgut schützt.⁸⁰¹ Aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips fehlt es an der nötigen Unmittelbarkeit der Pflichtwidrigkeit für den Nachteil, denn es steht im Ermessen der Behörde, ob sie ein § 30 OWiG-Verfahren einleitet.⁸⁰² Die Pflichtwidrigkeit führt somit nur mittelbar zu

einem Nachteil, sodass eine Strafbarkeit wegen Untreue ausscheidet.⁸⁰³ Das Beispiel zeigt, dass das Unmittelbarkeitsprinzip sich mit der objektiven Zurechnung überschneidet. Denn eine Verletzung von § 30 OWiG müsste auch den Schutzzweckzusammenhang erfüllen. Der Schutzzweck von § 30 OWiG ist stets identisch mit dem Schutzzweck der Norm, welche die Ordnungswidrigkeit auslöst.⁸⁰⁴ In den meisten Fällen hat die Norm, deren Verstoß durch § 30 OWiG geahndet wird, nicht den gleichen Schutzzweck wie die Untreue, sodass es bereits am Schutzzweckzusammenhang fehlt.

Das Unmittelbarkeitsprinzip ist eine notwendige und systematisch erforderliche Restriktion des Untreuetatbestandes. Es gestattet sinnvolle Restriktionen und verhindert, dass die Untreue zu einem Universaldelikt aufgeblasen wird, welches über § 30 OWiG jedes erdenkliche Rechtsgut schützt.⁸⁰⁵ Mithin gilt das Unmittelbarkeitsprinzip auch für den Tatbestand des § 266 StGB.

II. Auswirkungen auf die Bankenuntreue

Fraglich ist, wie sich das Unmittelbarkeitsprinzip auf die Bankenuntreue auswirkt. Verstöße von Bankmitarbeitern gegen KWG-Vorschriften können gemäß § 56 Absatz 4 KWG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. In Verbindung mit § 30 OWiG kann der Bank eine Geldbuße auferlegt werden, sodass das Bankvermögen gemindert wird. Mithin ist das Unmittelbarkeitsprinzip auch bei der Bankenuntreue relevant. Andernfalls würde jeder als Ordnungswidrigkeit geahndete KWG-Verstoß im Zusammenhang mit einer Kreditvergabe eine Strafbarkeit wegen Untreue nach sich ziehen.⁸⁰⁶ Selbst Fälle, in denen der Wert der Rückforderungsansprüche nicht hinter dem ausgereichten Darlehen zurückbleibt, müssten wegen Untreue bestraft werden, da die Geldbuße gegen die Bank als untreuerelevanter Vermögensnachteil anzusehen wäre. Ein solches Ergebnis würde dem Charakter der Untreue als Vermögensdelikt zuwiderlaufen, da faktisch die Einhaltung jeder Pflicht über den Umweg des § 30 OWiG auch als Untreue sanktioniert würde.⁸⁰⁷ Auch verstieße es gegen den Willen des Gesetzgebers, da dieser das entsprechende Verhalten gerade nur als Ordnungswidrigkeit einstuft.⁸⁰⁸

Nach *Martin* würden auch solche Fälle nicht mehr von § 266 StGB umfasst, in denen der Bankmitarbeiter bereits bei Vergabe des Kredites erwartet, dieser werde nicht wie vereinbart zur Sanierung des Unternehmens verwendet, sondern für eine Urlaubsreise des Geschäftsführers.⁸⁰⁹ In solchen Fällen fehle es an der Unmittelbarkeit, da es von dem Fehlverhalten des Kreditnehmers abhängt, ob ein Vermögensnachteil eintritt oder nicht.

Dem ist jedoch zu widersprechen, da bei einem begründeten Verdacht, die Rückforderungen bereits zum Zeitpunkt der Kreditvergabe abgewertet werden müssten. Denn entweder der Bankmitarbeiter hält eine fehlerhafte Verwendung für ernsthaft möglich, dann darf er den Kredit nicht vergeben, da die Rückforderungsansprüche bereits zum Zeitpunkt der Kreditvergabe im Wert zu berichtigen wären. Der Nachteil beruht dann unmittelbar auf der Pflichtwidrigkeit. Oder er hält sie nicht für ernsthaft möglich, dann fehlt es aber bereits an einem Gefährdungsschaden zum Zeitpunkt der Kreditvergabe und unabhängig von der weiteren Verwendung des Kredites kommt keine Strafbarkeit nach § 266 StGB in Betracht.

Weitere Restriktionen für die Bankenuntreue bewirkt das Unmittelbarkeitsprinzip nicht, was auch an den hier vertretenen Ansichten liegt. Insbesondere die Frage, ob eine schadensgleiche Vermögensgefährdung unmittelbar in einen richtigen Schaden umschlagen kann, stellt sich nicht. Der in dieser Arbeit vertretene Begriff des Gefährdungsschadens erfordert immer, dass eine wirtschaftliche Wertdifferenz besteht. Bei der Bankenuntreue ist somit immer der reale Wert der erlangten Forderungen maßgeblich. Das Vermögen ist mit der Ausgabe des Kredites folglich nicht erst gefährdet, sondern bereits unmittelbar geschädigt, sodass das Unmittelbarkeitsprinzip hier keine Restriktion bewirken kann.⁸¹⁰

Vierter Teil: Fazit und Ausblick

Im ersten Teil der Arbeit konnte gezeigt werden, dass die Notwendigkeit von Strafe im Bereich der Wirtschaft von zahlreichen Faktoren abhängt. Gerade bei dem Tatbestand der Untreue hängt das Strafbedürfnis besonders stark von der jeweiligen Fallgruppe und dem konkreten Sachverhalt ab. Dies ist zum einen auf die zahlreichen Anwendungsbereiche des § 266 StGB zurückzuführen, welche nicht stets gleich strafbedürftig sind, und zum anderen auf die unterschiedlichen Begehungsformen des Untreuetatbestandes. So kann dieser eigennützig, aber auch neutral oder sogar mit der Intention, dem Treugeber zu helfen, begangen werden. Die Notwendigkeit, das jeweilige Verhalten zu bestrafen, hängt auch von der jeweiligen Untreue-Fallgruppe ab. Für die Fallgruppe der Bankenuntreue konnte gezeigt werden, dass – trotz der Finanzkrise – nur ein geringes Strafbedürfnis besteht. Zum einen existieren sonstige Sanktionen, welche für die Handelnden oftmals einschneidender wirken als eine strafrechtliche Verfolgung, wie insbesondere die Gefahr einer zivilrechtlichen Haftung und der Verlust des Arbeitsplatzes. Zum anderen hat die Bank als Rechtsgutsinhaberin und Geschädigte oft nur ein begrenztes Interesse an einer strafrechtlichen Verfolgung ihrer Mitarbeiter, da diese häufig zu weiteren Nachteilen wie Imageschäden für das Unternehmen führen.

Im zweiten Teil der Arbeit wurde versucht, die zahlreichen Probleme des Untreuetatbestandes sauber abzuschichten und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen zuzuordnen. Im Rahmen der Pflichtwidrigkeit ist vor allem eine sorgfältige Unterscheidung zwischen den gesetzlichen Grenzen des Innenverhältnisses und dem Innenverhältnis selbst erforderlich. Maßgeblich für die Frage der Pflichtwidrigkeit ist vor allem das Innenverhältnis zwischen Bankmitarbeiter und Bank, welches sich aus internen Regelungen, Satzungen sowie dem Dienstvertrag zwischen Unternehmen und Mitarbeiter zusammensetzt. Eine Verletzung dieser Pflichten stellt zugleich eine Pflichtverletzung dar. Bei der Untersuchung des Tatbestandsmerkmals des Nachteils wurde insbesondere der

individuell-objektive Schadensbegriff kritisch untersucht. Vorgeschlagen wurde ein Schadensbegriff, welcher sich stärker an wirtschaftlichen Grundsätzen orientiert, soweit sich diese durch das Bilanzrecht abbilden lassen. Damit spielt bei der Bewertung des Vermögens die subjektive Präferenz des Vermögensinhabers eine stärkere Rolle, ohne dass deswegen die Bewertung der Vermögensgegenstände willkürlich von subjektiven Präferenzen abhängig gemacht würde. Die verschiedenen Restriktionsansätze zum Untreuetatbestand wurden untersucht, wobei allein die Gesamtbetrachtung für eine sinnvolle Restriktion des Tatbestandes geeignet scheint. Abgelehnt werden insbesondere die Versuche, der Weite des Tatbestandes mittels strengerer Anforderungen an den Vorsatz zu begegnen.

Im dritten Teil der Arbeit konnte gezeigt werden, dass sich die objektive Zurechnung gut eignet, um die Weite des Untreuetatbestandes zu begrenzen. Gerade mittels der Merkmale des Schutzzweckzusammenhangs und des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs kann eine bessere Konturierung des Tatbestandes erreicht werden. Insbesondere wird die Verletzung von Pflichten, welche nicht dem Vermögensschutz dienen, mittels des Schutzzweckzusammenhangs aus dem Untreuetatbestand herausgehalten. Mit dem Unmittelbarkeitsprinzip ist ein weiteres Merkmal zur Restriktion des § 266 StGB gefunden worden. Auch wenn es sich in Teilen mit dem Institut der objektiven Zurechnung überschneidet, kann es einen Teil der oft kritischen Ordnungswidrigkeitsfälle aus dem Tatbestand eliminieren und verhindert so, dass der Untreuetatbestand zu einem alles überstrahlenden Universaldelikt aufgeblasen wird.

Insgesamt ist festzuhalten, dass der Tatbestand der Untreue mit etablierten dogmatischen Instrumenten auf einen rechtsstaatlich unbedenklichen Anwendungsbereich beschränkt werden kann. Dies hat die Untersuchung am Beispiel der Bankenuntreue gezeigt, bei welcher die Frage der Strafbarkeit oftmals mit Zweifeln behaftet ist. Abzusehen ist, dass die wissenschaftliche Diskussion um den Untreuetatbestand auch in naher Zukunft intensiv weitergehen wird. Weitestgehende Einigkeit besteht inzwischen darüber, dass der Tatbestand zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und als Mittel gegen Kriminalität in der gesellschaftlichen Oberschicht unentbehrlich ist. Überwiegend wird zudem

die Ansicht vertreten, dass der Tatbestand zu weit gefasst ist und der Anwendungsbereich des § 266 StGB begrenzt werden muss. Somit sind die Ziele der weiteren Auseinandersetzung mit der Untreue klar. Welche Mittel sich zur besseren Konturierung durchsetzen werden, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht entschieden werden. Mit der Begrenzung des Tatbestandes durch die Lehre von der objektiven Zurechnung wurde in dieser Arbeit eine bislang noch kaum untersuchte Möglichkeit aufgezeigt. Inwieweit diese Konturierung des Untreuetatbestandes ein gangbarer und konsensfähiger Weg ist, wird sich noch herausstellen müssen.

Literaturverzeichnis

Autor	Titel	Zitierweise
<i>Achenbach, Hans</i>	Die wirtschaftsstrafrechtliche Reformbewegung – ein Rückblick, in Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard/Kindhäuser, Urs u. a. (Hrsg.) Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 2008, S. 47–60	<i>(zitiert: FS Tiedemann)</i>
<i>Achenbach, Hans</i>	Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung, ZStW 2007, 789–815	
<i>Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas</i>	Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2008	<i>(zitiert: Achenbach/Ransiek-Bearbeiter)</i>
<i>Adick, Markus</i>	Zum Gefährdungsschaden und zum Eventualvorsatz bei der Untreue, HRRS 2008, 460–464	
<i>Albrecht, Peter-Alexis</i>	Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts, KritV 1993, 163–183	
<i>Aldenhoff, Hans-Hermann/Kuhn, Sascha</i>	§ 266 StGB – Strafrechtliches Risiko bei der Unternehmenssanierung durch Banken?, ZIP 2004,	

103–111

- Arzt, Gunther/Weber, Ulrich* Strafrecht Besonderer Teil, (zitiert: *Arzt/Weber, B*
Bielefeld 2000
- Ayasse, Horst* Untreue im Bankenbereich (zitiert: *Ayasse, Untreue*
bei der Kreditvergabe, Diss. Tübingen 1990
- Baumann, Jürgen* Über die notwendigen
Veränderungen im Bereich
des Vermögensschutzes, JZ
1972, 1–6
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang* Strafrecht Allgemeiner Teil, (zitiert:
11. Auflage, Bielefeld 2003 *Baumann/Weber/Mitsch*
Bearbeiter)
- Beckemper, Katharina* Anmerkung zu BGH, Urt.
vom 6.12.2001 – 1. StR
215/01, NStZ 2002, 324–
326
- Bernsmann, Klaus* Alles Untreue? Skizzen zu
Problemen der Untreue
nach § 266 StGB, GA 2007,
219–237
- Bibliographisches Institut & F. A. Brockhaus AG* Brockhaus Enzyklopädie (zitiert: *Brockhaus,*
Online, Mannheim 2005–
2009 *Stichwort*)
- Bockelmann, Paul* Kriminelle Gefährdung und
strafrechtlicher Schutz des
Kreditgewerbes, ZStW
1967, 28–58
- Boos Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-* Kreditwesengesetz, (zitiert:
Kommentar, 3. Auflage, *Boos/Fischer/Schulte-*
München 2008 *Mattler-Bearbeiter*)

Mattler, Hermann

Bringewat, Peter Finanzmanipulationen im
Ligafußball – ein
Risikogeschäft?, JZ 1977,
667–672

*Brüning,
Janique/Samson,
Erich* Bankenkrise und
strafrechtliche Haftung
wegen Untreue gem. § 266
StGB, ZIP 2009, 1089–
1094

*Brunnermeier,
Markus K.* Deciphering the Liquidity
and Credit Crunch 2007–
2008, Journal of Economic
Perspectives 2009, 77–100

*Bundesministerium
der Justiz (Hrsg.)* Bekämpfung der
Wirtschaftskriminalität,
Schlussbericht der
Kommission, Bonn 1980 (*zitiert: Schlussbericht
Kommission*)

*Bundesministerium
der Justiz (Hrsg.)* Bekämpfung der
Wirtschaftskriminalität,
Kommissionsbericht 1. Teil,
Bonn 1976 (*zitiert: Kommissionsb
1. Teil*)

*Burghof, Hans-
Peter, Prothmann,
Felix* Bankenkrise: Ursachen und
Maßnahmen,
Wirtschaftsdienst 2008,
703–722

Bussmann, Kai-D. Der Mythos Strafrecht hat
Konjunktur –
Wirtschaftsstrafrecht und
Abolitionismus, KritV
1989, 126–148

*Camps Nave, José
A./Bonenberger,
Saskia* Korruptionsaffären,
Corporate Compliance und
Sofortmaßnahmen für den

- Krisenfall, BB 2008, 734–741
- Dahs, Hans* § 266 StGB – allzu oft missverstanden, NJW 2002, 272–273
- Dierlamm, Alfred* Untreue – ein Auffangtatbestand?, NStZ 1997, 534–536
- Doster, Werner* Strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen Bankmitarbeiter wegen des Verdachts der Untreue, WM 2001, 333–339
- Dunkel, Wolfgang* Nochmals: Der Scheckkartenmißbrauch in strafrechtlicher Sicht, GA 1977, 329–340
- Eisenberg, Ulrich* Kriminologie, 6. Auflage, München 2005 (zitiert: *Eisenberg, Kriminologie*)
- Engelhard, Hans A.* Rechtspolitische Vorstellungen des Bundesministers der Justiz für die 10. Legislaturperiode, ZRP 1983, 233–238
- Englisch, Bernhard* Untreue abschaffen – nein danke!, NJW 2005, 2974–2975
- Feigen, Hanns W.* Untreue und neuere BGH-Rechtsprechung in: Rogall, Klaus/Puppe, Ingeborg/Stein, Ulrich/Wolter, Jürgen (Hrsg.) Festschrift für Hans-

- Joachim Rudolphi zum 70.
Geburtstag, Neuwied 2004,
S. 445–463
- Franzheim, Horst* Gedanken zur
Neugestaltung des
Betrugstatbestandes einschl.
seines Vorfeldes unter
besonderer
Berücksichtigung der
Wirtschaftskriminalität, GA
1972, 353–356
- Frisch, Wolfgang* Zum gegenwärtigen Stand
der Diskussion und zur
Problematik der objektiven
Zurechnungslehre, GA
2003, 719–743
- Früh, Andreas* Kreditvergabe und (zitiert: *Früh, Bankrec*
strafrechtliche Untreue, in:
RWS-Verlag (Hrsg.) RWS-
Forum Bankrecht, S. 137–
151
- Gallandi, Volker* Die Untreue von
Bankverantwortlichen im
Kreditgeschäft, Tendenzen
zur Haftung und (Ent-
)Kriminalisierung, wistra
2001, 281–286
- Gerkau, Frank H.* Untreue und objektive (zitiert: *Gerkau, Untre*
Zurechnung, Hamburg 2008
- Günther, Hans-
Ludwig* Die Untreue im (zitiert: *FS Weber*)
Wirtschaftsrecht, in:
Heinrich, Bernd/Hilgendorf,
Eric/Mitsch,
Wolfgang/Sternberg-

- Lieben, Detlev, Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2004, S. 311–317
- Hamm, Rainer* Kann der Verstoß gegen Treu und Glauben strafbar sein ?, NJW 2005, 1993–1995
- Handelsblatt (Hrsg.)* Handelsblatt Wirtschafts-Lexikon, Das Wissen der Betriebswirtschaftslehre, Handelsblatt (Hrsg.), Stuttgart 2006 (zitiert: *HWL-Bearbeitung Stichwort*)
- Hassemer, Winfried* Sicherheit durch Strafrecht, StV 2006, 321–332
- Hassemer, Winfried* Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378–383
- Hassemer, Winfried* Einleitende Bemerkungen zu „Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts an der Jahrtausendwende“, in: Neumann, Ulfrid/Prittwitz, Cornelius (Hrsg.) Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt a. M. 2005, 9–11 (zitiert: *Hassemer, Einleitende Bemerkungen*)
- Hassemer, Winfried* Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, StV 1995, 483–490
- Hassemer, Winfried* Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt, Berlin 2008 (zitiert: *Hassemer, Selbstverständnis*)

<i>Hauser, Thomas</i>	Krisen-PR von Unternehmen, Analyse von Kommunikationsstrategien anhand ausgewählter Krisenfälle, München 1994	<i>(zitiert: Hauser, Krise)</i>
<i>Hefendehl, Roland</i>	Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, ZStW 2007, 816–847	
<i>Hefendehl, Roland</i>	Vermögensgefährdung und Exspektanzen, Berlin 1994	<i>(zitiert: Hefendehl, Vermögensgefährdung)</i>
<i>Heinz, Wolfgang</i>	Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln – unter besonderer Berücksichtigung des 1. WiKG, GA 1977, 193–229	
<i>Herzog, Felix</i>	Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg 1990	<i>(zitiert: Herzog, Daseinsvorsorge)</i>
<i>Herzog, Felix</i>	Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung, in: Neumann, Ulfried/Prittwitz, Cornelius u. a. (Hrsg.) Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt a. M. 2005, S. 131–175	<i>(zitiert: Herzog, Risikogesellschaft)</i>
<i>Hesel, Gerd Johannes</i>	Untersuchungen zur Dogmatik und den	<i>(zitiert: Hesel)</i>

- Erscheinungsformen des „modernen“ Strafrechts, Marburg 2004
- Hild, Thilo Lars* Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung des Kapitalmarktes, Frankfurt a. M. 2004 (zitiert: *Hild, Strafrechtliche Regulierung*)
- Hillenkamp, Thomas* Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, 161–168
- International Monetary Fund (Hrsg.)* Global Financial Stability Report, Financial Market Turbulence, Washington 2007
- Jakobs, Günther* Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug – OLG Köln, NJW 1976, 1222; JuS 1977 228–231
- Jescheck, Hans-Heinrich* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, 1978 (zitiert: *Jescheck, AT*)
- Jessen, Ulf/Haaker, Andreas* Zur Fair Value-Bewertung im „modernisierten“ Handelsbilanzrecht – Ein Plädoyer für einen hinreichenden Gläubigerschutz, DStR 2009, 499–505
- Kargl, Walter* Die Missbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB), ZStW 2001, 565–596
- Karlsruher Kommentar* Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; (zitiert: *KK-Bearbeiter*)

- Senge, Lothar (Hrsg.) 3. Auflage, München 2006
- Kaufmann, Armin* „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt, in Vogler, Theo (Hrsg.) Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, 251–272
- Kaufmann, Franz-Xaver* Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem – Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften, 2. Auflage, Stuttgart 1973 (zitiert: *F. X. Kaufman*)
- Keller, Alexander/Sauer, Dirk* Zum Unrecht der sogenannten Bankenuntreue, *wistra* 2002, 365–370
- Kiethe, Kurt* Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, *BKR* 2005, 177–186
- Kiff, John/Mills, Paul* Money for Nothing and Checks for Free: Recent Developments in U.S. Subprime and Mortgage Markets, IMF Working Paper 2007
- Kindhäuser, Urs* Strafrecht Allgemeiner Teil, (zitiert: *Kindhäuser, A*)

3. Auflage, Baden-Baden
2008

- Kindhäuser, Urs* Pflichtverletzung und (zitiert: *FS Lampe*)
Schadenszurechnung bei der
Untreue (§ 266 StGB) in:
Dölling, Dieter (Hrsg.), *Jus*
humanum, Festschrift für
Ernst-Joachim Lampe zum
70. Geburtstag, Berlin 2003,
S. 709–726
- Klanten, Thomas* Bankrecht: Strafrechtliche
Untreue bei pflichtwidriger
Kreditvergabe, DStR 2002,
1190–1191
- Klug, Ulrich* Sozialkongruenz und (zitiert: *FS Eb. Schmid*)
Sozialadäquanz im
Strafrechtssystem, in
Bockelmann, Paul/Gallas,
Wilhelm (Hrsg.) Festschrift
für Eberhard Schmidt zum
70. Geburtstag, 2. Auflage,
Göttingen 1971
- Knauer, Christoph* Die Strafbarkeit der
Bankvorstände für
missbräuchliche
Kreditgewährung, NStZ
2002, 399–404
- Kohlmann, Günter* Die strafrechtliche (zitiert: *Kohlmann,*
Verantwortlichkeit des *Verantwortlichkeit*)
GmbH-Geschäftsführers,
Heidelberg 1990
- Krause, Daniel-* Ordnungsgemäßes (zitiert: *Krause, Risiko*
Marcus Wirtschaften und Erlaubtes
Risiko, Grundund

- Einzelfragen des Bankrotts (§ 283 StGB) – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Konkursstrafrechts, Berlin 1995
- Kubiciel, Michael* Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005, 353–361
- Kühl, Kristian* Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, in Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard/Kindhäuser, Urs u. a. (Hrsg.) Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 2008, S. 29–46 (zitiert: *FS Tiedemann*)
- Kühl, Kristian* Strafrecht Allgemeiner Teil, (zitiert: *Kühl, AT*) 5. Auflage, München 2005
- Kuhlen, Lothar* Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, 347–367.
- Kühne, Hans-Heiner* Anmerkung zu BGH, Urt. vom 15.11.2001 – 1 StR 185/01, StV 2002, 198–199
- Kümpel, Siegfried* Bank und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage Köln 2004 (zitiert: *Kümpel, Bank*)
- Küpper, Georg* Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin 1990 (zitiert: *Küpper, Dogm*)
- Labsch, Karl Heinz* Einverständliche Schädigung des

Gesellschaftsvermögens
und Strafbarkeit des GmbH-
Geschäftsführers – BGH,
NStZ 1984, 118, JuS 1985,
602–607

Lackner, Karl/Kühl, Kristian Strafrechtsgesetzbuch, (zitiert: *Lackner/Kühl*)
Kommentar, 25. Auflage,
München 2004

Laskos, Thomas Die Strafbarkeit wegen (zitiert: *Laskos,*
Untreue bei der *Kreditvergabe*)
Kreditvergabe, Baden-
Baden 2001

Lassmann, Tom Stiftungsuntreue, Berlin
2008

Lehleiter, Gunther/Hoppe, Christian Die Haftung des
Bankverantwortlichen bei
der Kreditvergabe, BKR
2007, 178–185

Leipziger Kommentar Hrsg. von Jähnke, (zitiert: *LK-Bearbeiter*)
Burkhard/Laufhütte,
Heinrich Wilhelm/Odersky,
Walter, 11. Auflage Berlin
2005

Lüderssen, Klaus Entkriminalisierung des (zitiert: *Lüderssen,*
Wirtschaftsstrafrechts II, *Entkriminalisierung II*,
Baden-Baden 2007

Lüderssen, Klaus Gesellschaftsrechtliche
Grenzen der strafrechtlichen
Haftung des Aufsichtsrats
in: Dölling, Dieter (Hrsg.)
Jus humanum, Festschrift
für Ernst-Joachim Lampe
zum 70. Geburtstag, Berlin
2003, S. 727–742

<i>Martin, Susanne</i>	Bankuntreue, Berlin 2000	(zitiert: <i>Martin, Bankuntreue</i>)
<i>Matt, Holger</i>	Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, 389–392	
<i>Matt, Holger/Saliger, Frank</i>	Straflosigkeit der versuchten Untreue – Über die Richtigkeit dieser Entscheidung des Gesetzgebers und dogmatische Konsequenzen, in Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, Frankfurt a. M. u. a. 1999, 217-240	(zitiert: <i>Irrwege</i>)
<i>Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian</i>	Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6. Auflage, Heidelberg u. a. 1977	(zitiert: <i>Maurach/Schroeder, E</i>)
<i>Mitsch, Wolfgang</i>	Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 2. Auflage, Berlin u. a. 2003	(zitiert: <i>Mitsch, BT 2,</i>)
<i>Müller, Rudolf/Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas</i>	Wirtschaftskriminalität, Eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen mit praktischen Hinweisen zur Bekämpfung, 4. Auflage, München 1997	(zitiert: <i>Müller/Wabnitz/Janov.</i>)
<i>Müller-</i>	Wirtschaftsstrafrecht,	(zitiert: <i>Müller-</i>)

<i>Gugenberger, Christian/Bieneck, Klaus</i>	Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts, 4. Auflage, Köln 2006	<i>Gugenberger/Bieneck-Bearbeiter)</i>
<i>MünchKommZurHandelsgesetzbuch</i>	Schmidt, Karsten (Hrsg.), 2. Auflage, München 2008	<i>(zitiert: MüKo HGB-Bearbeiter)</i>
<i>Nack, Armin</i>	Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten, NJW 1980, 1599–1602	
<i>Naucke, Wolfgang</i>	Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, Karlsruhe 1975	<i>(zitiert: Naucke, Tendenzen)</i>
<i>Nelles, Ursula</i>	Untreue zum Nachteil von Gesellschaften: zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff, Berlin 1991	<i>(zitiert: Nelles, Untreue)</i>
<i>Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>	Hrsg. von Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, 2. Auflage, Baden-Baden 2005	<i>(zitiert: NK-Bearbeiter)</i>
<i>Otto, Harro</i>	Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts I, ZStW 1984, 339–375	
<i>Otto, Harro</i>	Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2004	<i>(zitiert: Otto, AT)</i>
<i>Otto, Harro</i>	Unerlaubte riskante Kreditvergabe, Vom	

	pflichtwidrigen zum strafrechtlichen Verhalten, BK 1982, 182–190	
<i>Otto, Harro</i>	Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Auflage, Berlin u. a. 2002	(zitiert: <i>Otto, BT</i>)
<i>Otto, Harro</i>	Bankentätigkeit und Strafrecht, Köln u. a. 1983	(zitiert: <i>Otto, Bankentätigkeit</i>)
<i>Otto, Harro</i>	Anmerkung zu BGH, Urt. vom 6.4.2000 – 1. StR 280/99, JR 2000, 517–518	
<i>Otto, Harro</i>	Unerlaubt riskante Kreditvergabe, Vom pflichtwidrigen zum strafrechtlichen Verhalten, BK 1982, 187–190	
<i>Palandt</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006	(zitiert: <i>Palandt</i>)
<i>Preussner, Joachim/Pananis, Panos</i>	Risikomanagement und strafrechtliche Verantwortung – Corporate Governance am Beispiel der Kreditwirtschaft, BKR 2004, 347–356	
<i>Priess, Dorothea</i>	Die aktienrechtliche Untreue: § 312 HGB, Diss. Hamburg 1933	(zitiert: <i>Priess, Untreu</i>)
<i>Prittowitz, Cornelius</i>	Risikogesellschaft und Strafrecht, in: Neumann, Ulfrid/Prittowitz, Cornelius (Hrsg.) Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt a. M. 2005, 131–174	(zitiert: <i>Prittowitz, Risikogesellschaft</i>)

- Prittwitz, Cornelius* Das deutsche Strafrecht: (zitiert: *Prittwitz, Unmöglich*)
Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?, in: Albrecht, Alexis-Peter/Hassemer, Winfried/Jäger, Herbert u. a. (Hrsg.) Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a. M. 1995, S. 387–405
- Prittwitz, Cornelius* Strafrecht und Risiko, (zitiert: *Prittwitz, Risiko*)
Frankfurt a. M. 2003
- Ransiek, Andreas* Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 2004, 634–679
- Rengier, Rudolf* Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil des Strafrechts, in Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin u. a. 2001, S. 811–826
- Ricke, Markus/Rudolph, Kai* Stichwort: Einlagensicherung, BKR 2006, 889–903
- Rönnau, Thomas* Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 2007, 887–926
- Rönnau, Thomas* Anmerkung zu BGH, Urt. vom 21.12.2005–3. Str

470/04, NStZ 2006, 218–
223

*Rönnau,
Thomas/Hohn,
Kristian*

Die Festsetzung (zu) hoher
Vorstandsvergütungen
durch den Aufsichtsrat – ein
Fall für den Staatsanwalt?,
NStZ 2004, 113–123

Rose, Frank

Die strafrechtliche Relevanz
von Risikogeschäften,
wistra 2005, 281–289

Roxin, Claus

Gedanken zur Problematik (zitiert: *FS Honig*)
der Zurechnung im
Strafrecht, in Juristische
Fakultät der Georg-August-
Universität Göttingen,
Festschrift für Richard M.
Honig zum 80 Geburtstag,
Göttingen 1970, S. 133–150

Roxin, Claus

Zum Schutzzweck der (zitiert: *FS Gallas*)
Norm bei fahrlässigen
Delikten, in: Lackner,
Karl/Leferenz,
Heinz/Schmidt, Eberhardt,
u. a. (Hrsg.), Festschrift für
Wilhelm Gallas zum 70.
Geburtstag, Berlin u. a.
1973, S. 241–259

Roxin, Claus

Finalität und objektive (zitiert *GS Kaufmann*)
Zurechnung, in Dornseifer,
Gerhard/Horn,
Eckhard/Schilling, Georg u.
a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift
für Armin Kaufmann, Köln
u. a. 1989, S. 237–251

- Roxin, Claus* Anmerkung zu BGH, Urt. vom 13.1.1983–1 StR 737/81, JR 1983, 333–337
- Roxin, Claus* Strafrecht Allgemeiner Teil, (zitiert: *Roxin, AT*) Band I, 3. Auflage, München 1997
- Saliger, Frank* Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl, Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001, GA 2005, 155–176
- Saliger, Frank* Parteienuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, NStZ 2007, 545–552
- Saliger, Frank* Parteiengesetz und Strafrecht, Tübingen 2005 (zitiert: *Saliger, Parteiengesetz*)
- Saliger, Frank* Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, ZStW 2000, 563–613
- Saliger, Frank* Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10–23
- Samson, Erich* Erfolgszurechnung und Risiko – Kritische Anfragen an die Lehre von der objektiven Zurechnung – in: Prittwitz, Cornelius/Baurmann, Michael/Günther, Klaus u.

- a. (Hrsg.), Festschrift für
Klaus Lüderssen, Zum 70.
Geburtstag am 2. Mai 2002,
Baden-Baden 2002, 587–
598
- Samson, Erich* Grundprobleme des
Betrugstatbestandes, JA
1978, 564–630
- Samson, Erich* Untreue durch (zitiert: *NPLY 2004*)
Unternehmensspenden? in:
Walz, Rainer W./Kötz,
Hein/Rawert,
Peter/Schmidt, Karsten
(Hrsg.), Non Profit Law
Yearbook 2004, Köln u. a.
2005, S. 233–244
- Samson, Erich* Strafrechtliche (zitiert: *Gesellschaftsr*
Rahmenbedingungen für
unternehmersiche
Entscheidungen in:
Gesellschaftsrechtliche
Vereinigung (Hrsg.)
Gesellschaftsrecht in der
Diskussion 2004, Köln
2005, S. 109–125
- Samson,
Erich/Langrock,
Marc* Bekämpfung von
Wirtschaftskriminalität im
und durch Unternehmen,
DB 2007, 1684–1689
- Sánchez, Jesu-
Maria Silva* Expansion des Strafrechts, (zitiert, *Sanchez,
Expansion*)
Frankfurt a. M. 2003
- Sander, Günther M.* Ist eine Strafbarkeit
exhibitionistischer
Handlungen gerechtfertigt?,

	ZRP 1997, 447–451.	
<i>Sauer, Dirk</i>	Anmerkung zu BGH, Urt. vom 6.12.2001 – 1 StR 215/01, wistra 2002, 465–467	
<i>Schaffstein, Friedrich</i>	Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 1960, 369–396	
<i>Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen</i>	Bankrechts-Handbuch, 2. Auflage, München 2001	(zitiert: <i>Schimansky/Bunte/Lwowski/Bearbeiter</i>)
<i>Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus</i>	Aktiengesetz Kommentar, Köln 2008	(zitiert: <i>K. Schmidt/Lutter/Bearbeiter</i>)
<i>Schmitt, Bertram</i>	Untreue von Bank- und Sparkassenverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2006, 125–133	
<i>Schmoller, Kurt</i>	Ermittlung des Betrugsschadens bei der Bezahlung eines marktüblichen Preises, ZStW 1991, 92–135	
<i>Schönke, Adolf/Schröder, Horst</i>	Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage München 2006	(zitiert: <i>S/S-Bearbeiter</i>)
<i>Schreiber, Hans-Ludwig/Beulke, Werner</i>	Untreue durch Verwendung von Vereinsgeldern zu Bestechungszwecken, JuS 1977, 656–661	
<i>Schünemann</i>	Über die objektive	

Zurechnung, GA 1999,
207–229

Schünemann, Bernd Kritische Anmerkungen zur
geistigen Situation der
deutschen
Strafrechtswissenschaft, GA
1995, 201–229

Schünemann, Bernd Zur Quadratur des Kreises
in der Dogmatik des
Gefährdungsschadens, NStZ
2008, 430–434

Schünemann, Bernd Der Bundesgerichtshof im
Gestrüpp des
Untreuetatbestandes, NStZ
2006, 196–203

Schünemann, Bernd Die „gravierende
Pflichtverletzung“ bei der
Untreue: dogmatischer
Zauberhut oder taube
Nuss?, NStZ 2005, 473–476

Schünemann, Bernd Methodologische (zitiert: FS Bockelman
Prolegomena zur
Rechtsfindung im
Besonderen Teil des
Strafrechts, in: Kaufmann,
Arthur/Bemmann,
Günter/Krauss, Detlef/Volk,
Klaus (Hrsg.), Festschrift
für Paul Bockelmann, Zum
70. Geburtstag, München
1979, S.117–132

Seier, Jürgen Die Untreue (§ 266 StGB) (zitiert: Seier,
als „Allzweckwaffe“ in: *Entwicklungen*)
Kohlmann, Günter/Nestler,

- Cornelius/Seier, Jürgen u. a.
(Hrsg.) Entwicklungen und
Probleme des Strafrechts an
der Schwelle zum 21.
Jahrhundert, Berlin 2004
- Seier, Jürgen* Die Untreue (§ 266 StGB) (zitiert: Geilen-Sympo:
in der Rechtspraxis, in:
Bernsmann,
Klaus/Ulsenheimer (Hrsg.),
Bochumer Beiträge zu
aktuellen Strafrechtsthemen,
Vorträge anlässlich des 70.
Geburstages von Gerd
Geilen, Köln u. a. 2003,
S.145–156
- Steiner, Claus* Kreditbewilligung und
strafrechtliche Untreue –
Feinschliff eines
„Damoklesschwerts“,
Kreditwesen 2002, 595–599
- Stratenwerth,
Günter* Zukunftssicherung mit den
Mitteln des Strafrechts?
ZStW 1993, 679–696
- Struensee,
Eberhard* Objektive Zurechnung und
Fahrlässigkeit, GA 1987,
97–105
- Süß, Frank* Vom Umgang mit dem
Bestimmtheitsgebot, in:
Albrecht, Alexis-
Peter/Hassemer,
Winfried/Jäger, Herbert u.
a. (Hrsg.) Vom
unmöglichen Zustand des
Strafrechts, Frankfurt a. M.
1995, S. 207–226 (zitiert: Süß, Unmöglich

<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>	Hrsg. von Rudolphi, Hans- Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans- Ludwig u. a., Loseblatt, Stand 41. Lieferung Oktober 2005	(zitiert: <i>SK-Bearbeiter</i>)
<i>Taschke, Jürgen</i>	„Sichere Häfen“ und Sanktionen gegen Unternehmen, 127–142 (Gesellschaftsrecht in der Diskussion)	(zitiert: <i>Taschke, Gesellschaftsrecht</i>)
<i>Taschke, Jürgen</i>	Straftaten im Interesse von Unternehmen – auch strafbar wegen Untreue?, in Prittwitz, Cornelius u. a. (Hrsg.) Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Heidelberg 2002, S. 663– 672	(zitiert: <i>FS Lüderssen</i>)
<i>Thiel, Jochen/Lüdtke- Handjery, Alexander</i>	Bilanzrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2005	
<i>Thomas, Sven</i>	Untreue in der Wirtschaft, in Hanack, Ernst- Walter/Mehle, Volkmar, Hilger, Hans/Widmaier, Gunter (Hrsg), Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag, Berlin u. a. 2002, S. 799–808	
<i>Tiedemann</i>	Wirtschaftsstrafrecht, Köln u. a. 2004	(zitiert: <i>Tiedemann, wi</i>)

<i>Tiedemann, Klaus</i>	Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag, München 1972	(zitiert: <i>Tiedemann, D.</i>)
<i>Tiedemann, Klaus</i>	Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991	(zitiert: <i>Tiedemann, Verfassungsrecht</i>)
<i>Tiedemann, Klaus</i>	Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Hamburg 1976	(zitiert: <i>Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht u. Wirtschaftskriminalität</i>)
<i>Tobias, Stanislav</i>	Bankrecht, Berlin u. a. 2006	
<i>Triffterer, Otto</i>	Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, in: Kohlmann, Günther (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Köln 1983, 419–444	(zitiert: <i>FS Klug</i>)
<i>Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas</i>	Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006	(zitiert: <i>Tröndle/Fischer</i>)
<i>Vollhard, Rüdiger</i>	Die Untreuemode, Ist die Abgabe eines unvollständigen Rechenschaftsberichts einer politischen Partei wegen Untreue strafbar?, in Prittwitz, Cornelius u. a. (Hrsg.) Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70.	(zitiert: <i>FS Lüderssen</i>)

Geburtstag am 2. Mai 2002,
Heidelberg 2002, S. 673–
682

- Wabnitz/Janovsky* Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007 (zitiert: *Wabnitz/Janov Bearbeiter*)
- Waßmer, Paul* Untreue bei Risikogeschäften, Heidelberg 1997 (zitiert: *Waßmer, Risikogeschäfte*)
- Weinmann, Günther* Der Deutsche Juristentag und die ersten Schritte zur wirksamen Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, in Henssler, Martin/Mattik, Dierk/Nadler, Andreas (Hrsg.) Rechtspolitik und Berufspolitik, Felix Busse zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 305–315 (zitiert: *FS Busse*)
- Weise, Klaus-Peter* Finanzielle Beeinflussungen von sportlichen Wettkämpfen durch Vereinsfunktionäre – Überlegungen zur Missbrauchsuntreue auf der Grundlage des sog. Bundesliga-Skandals, Gießen 1982 (zitiert: *Weise, Bundes von sportlichen*)
- Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969 (zitiert: *Welzel, StR*)
- Welzel, Hans* Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, Berlin 1969 (zitiert: *Welzel, StR*)

<i>Wessels/Beulke</i>	Allgemeiner Teil	
<i>Winnefeld, Robert</i>	Bilanzhandbuch, 4. Auflage, München 2006	(zitiert: <i>Winnefeld, Bilanzhandbuch</i>)
<i>Yoon, Young-Cheol</i>	Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen, Frankfurt a. M. 2001.	(zitiert: <i>Yoon, ultima r</i>)
<i>Zimmermann, Steffen</i>	Quo vadis § 18 KWG: Wie entwi-ckelt sich ein neuer Standard?, BKR 2006, 10–13	
<i>Zipf, Heinz</i>	Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Heidelberg u. a. 1980	(zitiert: <i>Zipf, Kriminalpolitik</i>)

Fußnoten

- ¹ SZ vom 19.5.2009: Elf Jahre Haft für Werbemanager Ruzicka; SZ vom 17.5.2009: Zumwinkel und Ricke müssen mit Anklage rechnen; Spiegel vom 7.4.2009: Staatsanwalt ermittelt gegen HSH Nordbank; Spiegel vom 28.2.2009: Rundum-Sorglos-Fonds vor Gericht; vgl. auch *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113 Fn. 1; *Dahs*, NJW 2002, 272.
- ² Vgl. Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 4ff.
- ³ SZ vom 6.3.2009: Oettinger: Bankvorstände vor Gericht, „*Ich halte einige Vorgänge bei den Banken für Untreue*“; SZ vom 5.12.2008: Kapitalverbrechen; SZ vom 2.12.2008: Die Justiz und die Finanzkrise: Straftat Geldverbrennung; Spiegel vom 7.4.2009: Staatsanwalt ermittelt gegen HSH Nordbank.
- ⁴ Ein Übersicht zu den verschiedenen Untreue-Fallgruppen findet sich bei: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 200ff.; sowie bei Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 207ff.
- ⁵ Vgl. die zahlreichen Nachweise zu der Diskussion, über die Zulässigkeit von Appreciation Awards: MüKo-Dierlamm, §266 StGB, Rn. 226ff. Fn. 560.
- ⁶ *Matt*, NJW 2005, 389 (390).
- ⁷ Siehe zu der aktuellen Debatte nur: *Saliger* HRRS 2006, 10ff.; Müller-Gugenberger/Bieneck-Schmid, § 31, Rn. 5ff.
- ⁸ Übersicht zu der Kritik: Müller-Gugenberger/Bieneck-Schmid, § 31, Rn. 5ff. m. w. N.
- ⁹ Statt vieler: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 3 m. w. N.
- ¹⁰ So etwa: Arzt/Weber-Weber, § 22, Rn. 7; *Rönnau*, ZStW 2007, 887 (890ff.); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (16); *Englisch*, NJW 2005, 2974ff.
- ¹¹ *Martin*, Bankuntreue, Berlin 2000.
- ¹² Vgl. *Saliger*, NStZ 2007, 545ff.; *Schünemann*, NStZ 2005, 473ff.; *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365ff.
- ¹³ *Ransiek*, ZStW 2004, 2056.
- ¹⁴ *Samson/Langrock*, DB 2007, 1684ff., haben sich erstmals mit der Problematik von altruistisch motivierten Delikten auseinandergesetzt. Inwieweit die Bankenuntreue unter diesen Deliktstypus fällt, wird an späterer Stelle überprüft: Erster Teil:C.III.1.
- ¹⁵ *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 StGB, Rn. 109; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 StGB, Rn. 2; MüKo- *Joecks*, Einl., Rn. 29ff.; *Roxin*, AT I, § 2, Rn. 2ff.; *Baumann/Weber/Mitsch-*

Weber, § 3, Rn. 10ff.

- ¹⁶ *LK-Weigend*, Einl., Rn. 6; *Baumann/Weber/Mitsch-Weber*, § 3, Rn. 15ff.; Vertreter dieser Ansicht sind insbesondere *Jakobs* und *Welzel*, nach *Jakobs* dient das Strafrecht der Prävention durch Einübung der Normanerkennung (*Jakobs* AT 1 Rn. 15) wohingegen *Welzel*, StR, S. 2ff., etwas allgemeiner den Schutz der elementaren sozialetischen Gesinnungswerte als Aufgabe des Strafrechts ansieht. Übersicht über abweichende Auffassungen bei *Roxin*, AT I, § 2, Rn. 103ff.
- ¹⁷ *MüKo-Joecks*, Einl., Rn. 30; *Roxin*, AT I, § 2, Rn. 50; *Otto*, AT, § 1, Rn. 40 ff.
- ¹⁸ *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 111ff.; *MüKo-Joecks*, Einl., Rn. 30ff.
- ¹⁹ *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 62f.; *Schünemann*, FS Bockelmann, 1979, 115 (129).
- ²⁰ *Otto*, AT, § 1, Rn. 49; *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 108.
- ²¹ *Baumann/Weber/Mitsch-Weber*, § 3, Rn. 10ff.
- ²² Die hier gewählte Einteilung in Strafwürdig- und Strafbedürftigkeit lehnt sich an *Otto*, AT, § 1, Rn. 48ff. sowie *Schünemann*, FS Bockelmann, 1979, 115ff. an. Daneben werden andere Konzeptionen der Unterscheidung vertreten (vgl. *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 StGB, Rn. 57ff. m. w. N.). Hierbei geht es im Wesentlichen um reine Begrifflichkeiten, wobei, wie *Hassemer/Neumann* zutreffend feststellen eine klare Zuordnung zu einer von beiden Kategorien nicht immer trennscharf möglich ist. Auf eine weitere Auseinandersetzung mit der „richtigen“ Bezeichnung kann hier verzichtet werden.
- ²³ *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1, Rn. 151; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 StGB, Rn. 12ff.; *Otto*, AT, § 1, Rn. 50.
- ²⁴ *Roxin*, AT I, § 2, Rn. 97; *Bauman/Weber/Mitsch- Weber*, § 3, Rn. 19; *Otto*, AT, § 1, Rn. 49f.
- ²⁵ BVerfGE 90, 145; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 StGB, Rn. 13f.; *Otto*, AT, § 1, Rn. 50.
- ²⁶ *Otto*, AT, S. 14 m. w. N.
- ²⁷ *MüKo-Joecks*, Einl., Rn. 21ff.
- ²⁸ Statt vieler nur: *Baumann/Weber/Mitsch-Weber*, § 3, Rn. 19.
- ²⁹ *Roxin*, AT I, § 2, Rn. 63f.; *Baumann/Weber/Mitsch-Weber*, § 3, Rn. 23; *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 StGB, Rn. 80ff.; *Sander*, ZRP 1997, 447 (451).
- ³⁰ H. M.: Vgl. BGHSt 43, 293 (297); *Lackner/Kühl*, § 266 StGB, Rn. 1 m. w. N.; *LK-Schünemann*, § 266 StGB, Rn. 28; ausführlich *Nelles*, S. 283 ff.; a. A. nur: *Dunkel*, GA 1977, 329 (334); *Bockel- mann*, ZStW 1967, 28 (32 ff.), welche das Vertrauen in die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs als zusätzliches Rechtsgut der Untreue ansehen.
- ³¹ *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 1.

- ³² Dabei ist Nachteil identisch mit dem Vermögensschaden beim Betrug (§ 263 StGB); statt aller: Arzt/Weber- Weber, § 22, Rn. 1.
- ³³ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 1.
- ³⁴ SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 2; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 3; LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 1.
- ³⁵ S/S-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 1; SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 2; NK- Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 3.
- ³⁶ Binding, zitiert nach NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 3.
- ³⁷ Teilweise wurden die einschlägigen Fälle als Diebstahl, Unterschlagung oder furtum behandelt; vgl. NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 4; MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 7.
- ³⁸ SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 1; MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 7ff.; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 5ff.
- ³⁹ So auch Kargl, ZStW 2001, 565 (592f.).
- ⁴⁰ NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 3.
- ⁴¹ Das Beispiel ist angelehnt an *Englisch*, NJW 2005, 2974; weitere Beispiele bei Arzt/Weber-Weber, § 22, Rn. 7.
- ⁴² NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 3; Rönna, ZStW 2007, 887 (893f.); Saliger, HRRS 2006, 10 (17).
- ⁴³ Statt aller: Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 11ff.; siehe dazu auch: Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2007, Bundeskriminalamt (Hrsg.), S. 7f.; zu beziehen über: www.bka.de, zuletzt überprüft am 10.9.2008.
- ⁴⁴ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 3ff. m. w. N.; Seier, Entwicklungen, 105 (112ff.).
- ⁴⁵ Arzt/Weber-Weber, § 22, Rn. 7; Rönna, ZStW 2007, 887 (890ff.); Saliger, HRRS 2006, 10 (16); *Englisch*, NJW 2005, 2974ff.
- ⁴⁶ Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 5ff.; Rönna, ZStW 2007, 887 (895).
- ⁴⁷ Rönna, ZStW 2007, 887 (895ff.) m. w. N.
- ⁴⁸ Vgl. Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 6 m. w. N.
- ⁴⁹ Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 6.
- ⁵⁰ Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 6.
- ⁵¹ Diente dazu auch untergeordnete Mitarbeiter zu erfassen, die ebenfalls im Rahmen ihrer Tätigkeit Wirtschaftsstraftaten begehen können.
- ⁵² Diente dazu den Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Zuwiderhandlung und der Tätigkeit im Unternehmen deutlich zu machen.
- ⁵³ Gesetz zur Änderung des GVG vom 8.9.1971, BGBl I 1513; siehe hierzu auch

Müller- Gugenberger/Bieneck-Richter, § 3 Rn. 26ff.

- ⁵⁴ Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 9f.; *Tiedemann*, Wistra, § 1, Rn. 45.
- ⁵⁵ Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 9ff.; *Tiedemann*, Wistra, § 1, Rn. 45.
- ⁵⁶ Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Kap. 1 Rn. 9ff.
- ⁵⁷ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 7.; *Rönnau*, ZStW 2007, 887 (890ff.).
- ⁵⁸ Siehe bereits oben unter FN 30.
- ⁵⁹ Arzt/Weber-Weber, § 19, Rn. 17; so auch: *Otto*, ZStW 1984, 339 (349f.).
- ⁶⁰ SZ vom 29.11.2008: Bausteine des Vertrauens; SZ vom 23.3.2008: Lammert warnt vor Vertrauenskrise; Stern vom 29.1.2004: Die Arroganz der Mächtigen; siehe zudem die Urteile zu der Siemens Affäre: BGH NStZ 2009, 9ff.; Mannesmann-Verfahren: BGH DStR 2006, 284 weitere Nachweise bei: *Rönnau*, ZStW 2007, 887ff.
- ⁶¹ Als prominente Beispiele seien hier nur das „Mannesmann“-Verfahren: BGH DStR 2006, 284, (u. a. gegen den Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Bank Josef Ackermann) sowie der „Falk-Prozess“ (unter anderem gegen den Erben des Falk Verlages Alexander Falk) genannt, siehe hierzu manager magazin vom 9.5.2009: Vier Jahre Haft für Alexander Falk.
- ⁶² Müller-Gugenberger/Bieneck-Richter, § 3, Rn. 22; *Rönnau*, ZStW 2007, 887 (894ff.).
- ⁶³ Arzt/Weber-Weber, § 19, Rn. 19.
- ⁶⁴ *Tiedemann*, DJT, S. C33ff.; *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 StGB, Rn. 58ff.
- ⁶⁵ Schlussbericht der Kommission, S. 13ff.
- ⁶⁶ BT-Drucksache 7/3441, S. 14; Schlussbericht der Kommission, S. 15f.
- ⁶⁷ Untreue-Ermittlungen im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Finanzkrise bei der HSH Nordbank, es geht dabei um die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wertberichtigungen in Höhe von 2,8 Milliarden Euro, Spiegel Online vom 7.4.2009: Staatsanwalt ermittelt gegen HSH Nordbank. Die Insolvenz der Bremer Vulkan führte zu zahlreichen Entlassungen und verursachte so einen enormen wirtschaftlichen Schaden vgl. Spiegel Online vom 8.9.1999, einzelne Mitarbeiter der Geschäftsführung wurden vom LG Bremen wegen Untreue (LG Bremen, Urteil vom 19.11.1997 - 4 O 1073/96) verurteilt, dieses Urteil hob der BGH (NJW 2004, 2248ff.) auf und verwies die Sache zurück an das Landgericht. Eine endgültige Klärung, ob eine Untreue vorlag, steht somit noch aus.
- ⁶⁸ So auch die Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität: Schlussbericht der Kommission, S. 14; Arzt/Weber-Weber, § 19, Rn. 17; Mitsch, BT 2, § 8, Rn. 2; *Otto*, ZStW 1984, 339ff.
- ⁶⁹ *Rönnau*, ZStW 2007, 887ff.; *Ransiek*, ZStW 2004, 634ff.; *Günther*, FS Weber, 311

(313).

- ⁷⁰ Auch *Arzt/Weber*, § 19, Rn. 17 ordnen die Untreue als Wirtschaftsdelikt ein, soweit Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft angenommen werden können.
- ⁷¹ *Wabnitz/Janovsky-Dannecker*, Kap. 1, Rn. 80ff.; *Müller-Gugenberger/Bieneck-Richter*, § 2 Rn. 36; eine besondere Bedeutung kommt hier auch dem 42. Deutschen Juristentag im Jahr 1972 zu, welcher eine umfassende Überprüfung des damaligen Wirtschaftsstrafrechts gefordert hatte.
- ⁷² *Weinmann*, FS Busse, 305 (306ff.).
- ⁷³ *Achenbach*, FS Tiedemann, 47 (49); *Weinmann*, FS Busse, 305 (308).
- ⁷⁴ *Achenbach*, FS Tiedemann, 47 (49); *Weinmann*, FS Busse, 305 (308).
- ⁷⁵ *Achenbach*, FS Tiedemann, 47 (49ff.); *Weinmann*, FS Busse, 305 (308f.).
- ⁷⁶ Statt aller: *Arzt/Weber-Weber*, § 19, Rn. 2ff.; umfassend: *Achenbach*, FS Tiedemann, 47 (55ff.).
- ⁷⁷ *Tiedemann*, DJT, S. C30ff.
- ⁷⁸ *Weinmann*, FS Busse, 305 (307).
- ⁷⁹ So titelte die Zeit am 26.7.1968.
- ⁸⁰ *Achenbach*, FS Tiedemann, 47ff.; *Weinmann*, FS Busse, 305 (307ff.).
- ⁸¹ Mitteilung des 49. DJT, NJW 1972, 2073 (2075).
- ⁸² *Heinz*, GA 1977, 193 (194); *Baumann*, JZ 1972, 1 (2).
- ⁸³ Mitteilung des 49. DJT, NJW 1972, 2073 (2075).
- ⁸⁴ *Bussmann*, KritV 1989, 126ff; *Heinz*, GA 1977, 193ff.
- ⁸⁵ BT-Drucksache 7/3441, 14.
- ⁸⁶ BT-Drucksache 7/3441, 14; so auch *Franzheim*, GA 1972, 355.
- ⁸⁷ BT-Drucksache 7/3441, 14.
- ⁸⁸ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (17).
- ⁸⁹ Zu den Schäden und der Problematik verlässliche Zahlen zu finden siehe: *Wabnitz/Janovsky-Dannecker*, Kap. 1 Rn. 14ff.
- ⁹⁰ Übersicht bei: *Tiedemann*, DJT, S. C19.
- ⁹¹ *Tiedemann*, DJT, S. C20.
- ⁹² So auch: *Tiedemann*, DJT, S. C21ff.
- ⁹³ *Arzt/Weber-Weber*, § 19, Rn. 13, 18; *Tiedemann*, DJT, S. C21ff.; BT-Drucksache 7/3441, 14; später in den 80er-Jahren dann der BJM: *Engelhard*, ZRP 1983, 233 (236).
- ⁹⁴ BT-Drucksache 7/3441, 14; später in den 80er-Jahren dann der BJM: *Engelhard*,

ZRP 1983, 233 (236).

- ⁹⁵ Schlussbericht der Kommission, S. 15f.; Kommissionsbericht Teil 1, S. 14.
- ⁹⁶ *Tiedemann*, DJT, S. C21ff.
- ⁹⁷ *Tiedemann*, DJT, S. C21ff.
- ⁹⁸ Arzt/Weber-Weber, § 19, Rn. 23.
- ⁹⁹ *Sanchez*, Expansion, S. 25ff., der dem Zivilrecht die Fähigkeit abspricht, die nötige Missbilligung auszudrücken, zugleich das Strafrecht aber mit der Aufgabe für überfordert hält.
- ¹⁰⁰ Schlussbericht der Kommission, S. 15.
- ¹⁰¹ Arzt/Weber-Weber, § 19, Rn. 23.
- ¹⁰² *Tiedemann*, DJT, S. C22.
- ¹⁰³ Schlussbericht der Kommission, S. 15.
- ¹⁰⁴ BT-Drucksache 7/3441, 14ff.; dies geschah insbesondere auch durch die Einführung von Gefährdungsdelikten.
- ¹⁰⁵ *Ransiek*, ZStW 2004, 634.
- ¹⁰⁶ *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 StGB, Rn. 80ff.; *Baumann/Weber/Mitsch-Weber*, S. 30; *Sander*, ZRP 1997, 447 (451), der am Beispiel des § 183 StGB die Legitimation aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung anzweifelt.
- ¹⁰⁷ Wirtschaftskriminalität 2007, PricewaterhouseCoopers (Hrsg.), S. 10; zu beziehen über: www.pwc.de, zuletzt überprüft am 10.9.2008.
- ¹⁰⁸ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (Kurzfassung), Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 1. Auflage 2006, S. 38ff.; zu beziehen über: www.bmj.bund.de, zuletzt überprüft am 10.9.2008.
- ¹⁰⁹ Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2007, Bundeskriminalamt (Hrsg.), S. 7f.; zu beziehen über: www.bka.de, zuletzt überprüft am 10.9.2008.
- ¹¹⁰ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (17); *Ransiek*, ZStW 2004, 634 (636); aus der Presselandschaft sei auf den Stern-Titel vom 29.1.2004 „Die Arroganz der Mächtigen“ im Zusammenhang mit dem Mannesmann-Prozess verwiesen.
- ¹¹¹ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (17); *Englisch*, NJW 2005, 2974.
- ¹¹² Siehe oben: Erster Teil:B.
- ¹¹³ Hierzu ausführlich: *Saliger*, GA 2005, 155 (160ff.).
- ¹¹⁴ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (Kurzfassung), Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 1. Auflage 2006, S. 39; zu beziehen über: www.bmj.bund.de, zuletzt überprüft am 10.9.2008.
- ¹¹⁵ Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2007, Bundeskriminalamt (Hrsg.), S. 16.; zu beziehen über: www.bka.de, zuletzt überprüft am 10.9.2008.

- ¹¹⁶ Hier sei an die von Arbeitsminister a. D. Franz Müntefering angestoßene „Heuschrecken-Debatte“ über die Gier der wirtschaftlichen Eliten im Zusammenhang mit dem „Mannesmann-Verfahren“ erinnert, *manager magazin* vom 27.4.2005: Muss der Kapitalismus vor den Kapitalisten gerettet werden?
- ¹¹⁷ Vgl. hierzu nur die umfangreiche Medienberichterstattung: FTD vom 17.4.2009: Gegen den Madoff im Manager; Spiegel vom 16.2.2009: Schuld und Sühne, Die Gier lebt weiter; Spiegel vom 18.3.2009: AIG-Chef verteidigt Bonuszahlungen; FAZ vom 25.12.2008: Vom Eigennutz; FAZ vom 26.3.2009: Gier, Gemeinnutz und Gordon Gekko; FTD vom 25.12.2008: Kirchen predigen gegen Gier und Egoismus.
- ¹¹⁸ Siehe bereits FN 3 zu den Forderungen nach einer strafrechtlichen Aufarbeitung der Finanzkrise; vgl. zur Heuschreckendebatte nur: Spiegel vom 27.4.2005: Müntefering fährt den nächsten Angriff gegen die Wirtschaft.
- ¹¹⁹ Tiedemann, DJT, S. C27ff; BT-Drucksache 7/3441, 15.
- ¹²⁰ BT-Drucksache 7/3441, 15.
- ¹²¹ 6. StrRG vom 30.1.1998, BGBl. I, S. 164.
- ¹²² So auch *Saliger*, HRRS 2006, 10 (17); *Ransiek*, ZStW 2001, 634 (636), die sich beide ebenfalls gegen einen Verzicht auf den Untreuetatbestand aussprechen mit Verweis auf die Notwendigkeit einer Norm, welche sich auch gegen die „Großen“ einer Gesellschaft richte.
- ¹²³ Umfassend: *Sánchez*, Die Expansion des Strafrechts, Frankfurt am Main 2003; *Lüderssen*, Entkriminalisierung des Wirtschaftsstrafrechts II; *Hassemer*, StV 2006, 321ff.; *ders.*, ZRP 1992, 378 (381); *Herzog*, Daseinsvorsorge, S. 65ff.
- ¹²⁴ *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 99; umfassend zu den Merkmalen des modernen Strafrechts: *Hesel*, S. 338ff.
- ¹²⁵ *Tiedemann*, Wistra, § 1 Rn. 55ff.; *Kuhlen*, GA 1994, 347 (361).
- ¹²⁶ Die heutige Fassung des Untreueparagrafen ist im Wesentlichen unverändert seit der Neufassung durch den NS Gesetzgeber am 26.5.1933 (RGBl. I S. 295); zur Untreuehistorie: *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 7ff.
- ¹²⁷ Statt aller: *Saliger*, ZStW 2000, 563ff.
- ¹²⁸ Die Mitglieder der „Frankfurter Schule“ sind nie wirklich davon ausgegangen, dass eine solche Schule existiert. Der Begriff wird inzwischen für eine zu großen Teilen in Frankfurt beheimatete Gruppe von Strafrechtslehrern benutzt, welche dem expansiven Einsatz von Strafrecht kritisch gegenüberstehen; *Hassemer*, Einleitende Bemerkungen, S. 9ff.
- ¹²⁹ Zu ihren bedeutendsten Mitgliedern gehören: *Hassemer*, *Neumann*, *Prittwitz* und *Albrecht*.
- ¹³⁰ Vgl. hierzu nur die Kritik von: *Hild*, Strafrechtliche Regulierung, S. 49f. und *Hassemer*, StV 1995, 483 (484) am modernen Strafrecht.

- ¹³¹ *Hesel*, S. 338ff.
- ¹³² *Hassemer*, StV 2006, 321 (323ff.) zur Entwicklung hin zur Gefahrenabwehr; *Herzog*, Risikogesellschaft, 117 (124f.) *Prittowitz*, Risiko, S. 369ff.
- ¹³³ *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 248ff.; *Hassemer*, StV 1995, 483, (485).
- ¹³⁴ *Held*, Strafrechtliche Regulierung, S. 49f.; *Prittowitz*, Risiko, S. 237ff.; *Albrecht*, KritV 1993, 163ff.; zu den Merkmalen symbolischer Gesetze: *Hesel*, S.380f.
- ¹³⁵ *Hesel*, S. 331ff.
- ¹³⁶ *Albrecht*, KritV 1993, 163; *Hassemer*, StV 1995, 483f.
- ¹³⁷ *Prittowitz*, Risiko, S. 246ff.; *Albrecht*, KritV 1993, 163.
- ¹³⁸ *Wabnitz/Janovsky-Dannecker*, Kap. 1 Rn. 46ff.; *Rönnau*, ZStW 2007; *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 101ff., 255f.; *Hesel*, S. 350ff.
- ¹³⁹ *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 99ff.; *Prittowitz*, Risiko, S.247ff.; *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 37ff.; *Albrecht*, KritV 1993, 163 (164f.).
- ¹⁴⁰ *Hassemer*, StV 1995, 483 (486).
- ¹⁴¹ *Hesel*, S. 338ff.
- ¹⁴² Unter Kernstrafrecht wird das klassische Strafrecht zum Schutz individueller Rechtsgüter verstanden. Vgl. *Albrecht*, KritV 1993, 163 (166).
- ¹⁴³ *Hesel*, S. 343ff.
- ¹⁴⁴ *Hesel*, S. 338; *Yoon*, ultima ratio, S. 164; *Achenbach*, ZStW 2007, 789 (808ff.); *Hassemer*, ZRP 1992, 378 (380).
- ¹⁴⁵ *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 100; *Hesel*, S. 256ff.; *Hassemer*, StV 1995, 483 (484).
- ¹⁴⁶ *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 46ff.
- ¹⁴⁷ Siehe hierzu: *Roxin*, AT, § 2 C Rn. 46.
- ¹⁴⁸ *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 253; *Hesel*, S. 356ff.
- ¹⁴⁹ *Hesel*, S. 356f.; *Albrecht*, KritV 1993, 163ff.
- ¹⁵⁰ *Albrecht*, KritV 1993, 163 (166ff.).
- ¹⁵¹ *Hesel*, S. 364ff. *Naucke*, Tendenzen, S. 50ff.
- ¹⁵² *Hesel*, S. 364ff.; *Süß*, Unmöglich, S. 218ff.
- ¹⁵³ *Hassemer*, Selbstverständnis; S. 101; *Hesel*, S. 343; *Albrecht*, KritV 1993, 163ff.
- ¹⁵⁴ Einen ähnlichen Ansatz wählt *Laskos*, der anhand der Kritik der Frankfurter Schule die Frage der kriminalpolitischen Notwendigkeit von Strafe im Bereich des Bankensektors nachgeht, *Laskos*, S.158ff.
- ¹⁵⁵ So auch *Laskos*, S. 163.

- ¹⁵⁶ Saliger, ZStW 2000, 563ff.
- ¹⁵⁷ Saliger, ZStW 2000, 563ff.
- ¹⁵⁸ Vgl. zu den zahlreichen Fallgruppen: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 207ff.
- ¹⁵⁹ Umfassend hierzu: Saliger, ZStW 2000, 563ff.
- ¹⁶⁰ BGHSt 3, 372; SK-Hoyer, § 263 Rn 230.
- ¹⁶¹ BGHSt 21, 113.
- ¹⁶² Siehe ausführlich dazu: Saliger, ZStW 2000, 563 (574ff.).
- ¹⁶³ Dierlamm, NStZ 1997, 534.
- ¹⁶⁴ So auch Rönna, ZStW 2007, 887 (893f.); Saliger, ZStW 2000, 563 (574ff.); anderer Ansicht aber: Laskos, S. 163f., der erst bei einer abstrakten Gefährdung von einer Ähnlichkeit ausgehen möchte, welche er hier aber nicht erkennen kann.
- ¹⁶⁵ Vgl. nur: Saliger, ZStW 2000, 563ff.
- ¹⁶⁶ Saliger, HRRS 2006, 10 (14); Ransiek, ZStW 2004, 640 (645ff.); siehe hierzu auch unten: Erster Teil:B.I.
- ¹⁶⁷ Ransiek, ZStW 2004, 634 (638).
- ¹⁶⁸ Mayer zitiert nach Hillenkamp, NStZ 1981, 161.
- ¹⁶⁹ Statt aller: Saliger, ZStW 2000, 563.
- ¹⁷⁰ BGHSt 35, 333; hier wird das Gesellschaftsvermögen der GmbH im Interesse der Gläubiger geschützt; siehe dazu auch Rönna, ZStW 2007, 887 (900).
- ¹⁷¹ Rönna, ZStW 2007, 887 (900) m. w. N.
- ¹⁷² Statt vieler hier nur: Rönna, ZStW 2007, 887 (900) m. w. N.; siehe dazu auch unten: Erster Teil:D.
- ¹⁷³ Im Ergebnis so auch Laskos, S. 163.
- ¹⁷⁴ Schünemann, GA 1995, 201 (206ff.); Stratenwerth, ZStW 1993, 679ff.
- ¹⁷⁵ Stratenwerth, ZStW 1993, 679 (680).
- ¹⁷⁶ Stratenwerth, ZStW 1993, 679 (688ff.).
- ¹⁷⁷ Stratenwerth, ZStW 1993, 679 (691f).
- ¹⁷⁸ Schünemann, GA 1995, 201ff.
- ¹⁷⁹ Schünemann, GA 1995, 201 (206f.).
- ¹⁸⁰ Schünemann, GA 1995, 201 (207).
- ¹⁸¹ Schünemann, GA 1995, 201 (205ff.).
- ¹⁸² Kuhlen, GA 1994, 347ff. zugleich eine Besprechung der Monografien von Hilgendorf und Prittwitz.

- ¹⁸³ Kuhlen, GA 1994, 347 (361).
- ¹⁸⁴ Kuhlen, GA 1994, 347 (362f.).
- ¹⁸⁵ Kuhlen, GA 1994, 347 (361f.).
- ¹⁸⁶ Kuhlen, GA 1994, 347 (362f.).
- ¹⁸⁷ Vgl. nur Spiegel vom 28.1.2008: Harry Potter im Casino.
- ¹⁸⁸ Eisenberg, Kriminologie, § 41 Rn. 6 zur Generalprävention und § 42 Rn. 4 zur Spezialprävention; Prittwitz, Risikogesellschaft, 131 (156ff.).
- ¹⁸⁹ Kuhlen GA 1994, 347 (363f.).
- ¹⁹⁰ Vgl. nur zu der Frage des Nachweises der Wirksamkeit: Eisenberg, Kriminologie, § 41, Rn. 3ff.
- ¹⁹¹ So die Bezeichnung Prittwitzs für das, was hier als modernes Strafrecht bezeichnet wird.
- ¹⁹² Prittwitz, Risiko, S. 247ff.
- ¹⁹³ Prittwitz, Risiko, S. 247.
- ¹⁹⁴ Kuhlen, GA 1994, 347 (363).
- ¹⁹⁵ Hassemer, StV 1995, 483ff.
- ¹⁹⁶ Prittwitz, Risiko, S. 253ff.
- ¹⁹⁷ Hassemer, S. 99ff.; Prittwitz, Risiko S. 246ff.; Albrecht, KritV 1993, 163.
- ¹⁹⁸ Prittwitz, Risiko, S. 258; F.X. Kaufmann, S. 47 m. w. N.
- ¹⁹⁹ Prittwitz, Risiko S. 246ff.; Prittwitz, Unmöglich, S. 402f.; Yoon, S. 85.
- ²⁰⁰ Einschränkung ist anzumerken, dass im Falle einer Verurteilung der Verurteilte zur Rückzahlung der Kosten verpflichtet ist. Im Falle einer Einstellung des Verfahrens werden die Kosten allerdings übernommen. Gerade im Wirtschaftsstrafrecht enden die meisten Verfahren mittels einer Einstellung, sodass ein weitgehender finanzieller Schutz gewährleistet ist.
- ²⁰¹ Kühl in FS Tiedemann, 29 (41f.).
- ²⁰² Prittwitz, Risiko, S. 247.
- ²⁰³ Eingehend: Hefendehl, ZStW 2007, 816ff.
- ²⁰⁴ Siehe speziell zu der aktuellen Finanzkrise unter: Erster Teil:D.I.
- ²⁰⁵ Hefendehl, ZStW 2007, 816 (824).
- ²⁰⁶ Prittwitz, Risikogesellschaft, S. 168ff.; ausführlich zu anderen Möglichkeiten der Problemlösung: Herzog, Risikogesellschaft, 117 (127ff.); Achenbach, ZStW 2007, 789 (812ff.).
- ²⁰⁷ Prittwitz, Risiko, S. 247f.

- ²⁰⁸ MüKo-Dierlamm; § 266 StGB, Rn. 3; Rönna, ZStW 2007, 887ff.; Saliger, HRRS 2006, 10ff.; Matt, NJW 2005, 389ff.; Ransiek, ZStW 2004, 634ff.; Vollhard, FS Lüderssen, 673ff.; Schünemann, NStZ 2006, 196ff.; ders., NStZ 2008, 430ff.
- ²⁰⁹ Arzt/Weber-Weber, § 22, Rn.7; Rönna, ZStW 2007, 887 (891f.); Englisch, NJW 2005, 2974ff.; Ransiek, ZStW 2004, 634ff.; Schünemann, NStZ 2005, 473ff.
- ²¹⁰ Vgl. Seier, Entwicklungen, 105 (112ff.); Hamm, NJW 2005, 1993ff.; Dierlamm, NStZ 1997, 534ff.
- ²¹¹ Saliger, ZStW 2000, 563ff.; Seier, Entwicklungen, S. 105ff.; Günther, FS Weber, 312 (313ff.).
- ²¹² Rönna, ZStW 2007, 887 (889); Saliger, HRRS 2006, 10; die Anzahl der Untreuefälle hat sich zwischen 1993 und 2005 auf ca. 12.000 Fälle mehr als verdoppelt; siehe Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland, Berichtjahr 2005, S. 92.
- ²¹³ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2 Rn. 207ff.
- ²¹⁴ Vgl. Matt, NJW 2005, 389 (390); Günther, FS Weber, 311 (313).
- ²¹⁵ Dierlamm, NStZ 1997, 534.
- ²¹⁶ Siehe bereits oben: Erster Teil:C.
- ²¹⁷ Siehe unten: Erster Teil:D.
- ²¹⁸ Mitsch, BT 2, § 8 Rn 9; Arzt/Weber, BT, § 22 Rn. 2; Samson/Langrock, DB 2007, 1684.
- ²¹⁹ Samson/Langrock, DB 2007, 1684ff.
- ²²⁰ Arzt/Weber, BT, § 22 Rn. 2.
- ²²¹ Arzt/Weber, BT, § 22 Rn. 2.
- ²²² Selbstverständlich kann die eigennützige Motivation im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.
- ²²³ BGH St 3, 23 (25); BGH NJW 1983, 461; BGH NJW 2002, 2801 (2803). Der BGH geht sogar so weit, dass im Rahmen der Vorsatzprüfung die Beweggründe des Angeklagten zu berücksichtigen sind. (BGH NJW 2002, 2801 (2803); Damit macht der BGH den Vorsatz unter anderem von der Motivation des Angeklagten abhängig, um so in Fällen in denen er Strafe für nicht nötig oder erforderlich hält, von dieser absehen zu können. Der Frage, ob dies dogmatisch eine saubere Lösung für das Problem ist, soll an dieser Stelle nicht nachgegangen werden (siehe hierzu nur LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 151f. sowie unter: Erster Teil:B.III).
- ²²⁴ Statt aller: NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 73ff.
- ²²⁵ LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 95ff.; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 73ff.; sowie die umfassende Untersuchung von Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, Heidelberg 1997.

- ²²⁶ Siehe auch: *Günther*, FS Weber, 311 (313); *Seier*, Entwicklungen, S. 105, 108f.
- ²²⁷ So auch *Seier*, Entwicklungen, S. 105, 108f.
- ²²⁸ Siehe dazu auch: *Rönnau*, ZStW 2007, 887 (889).
- ²²⁹ Jeder Bürger, der einen Steuerberater oder Anlageberater hat, überträgt diesen, bis zu einem gewissen Grad, die Herrschaft über sein Vermögen sowie (zumeist) die nötige Dispositionsmacht hierüber. Aufgrund dessen sind Steuer- und Anlageberater ihren Kunden gegenüber auch vermögensbetreuungspflichtig und somit taugliche Täter einer Untreue. *NK-Kindhäuser*, § 266 StGB, Rn. 58.
- ²³⁰ erinnert sei hier nur an die Äußerung von Angela Merkel zu dem Verfahren gegen den Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Bank Josef Ackermann, welches sie als „Schlag gegen den Wirtschaftsstandort Deutschland“ ansieht, Spiegel vom 19.9.2003: Merkel stellt sich vor Deutsche-Bank-Chef.
- ²³¹ BGH, bei *Hansen*, MDR 1979, 1988.
- ²³² Nachzulesen bei *Seier*, Entwicklungen, S. 105 (109).
- ²³³ Nachzulesen bei *Seier*, Entwicklungen, S. 105 (109).
- ²³⁴ Fraglich ist dann aber der Schaden, da zumindest eine erfolgreiche Bestechung dem Unternehmen zumeist zu einem Vermögensgewinn verhilft. Umfassend dazu: *Taschke*, FS Lüderssen, S. 663ff.
- ²³⁵ Eine ähnliche Problematik stellte sich bei verschiedenen Fallgruppen der Nötigung (§ 240 StGB); *Roxin*, JR 1983, 333 (335).
- ²³⁶ Dazu BVerfGE 25, 269 (285): „Die strafrechtlichen Normen müssen klar das Verbotene von dem Erlaubten abgrenzen.“; so auch *Tiedemann*, Verfassungsrecht, S. 48f.; *Roxin*, JR 1983, 333 (335).
- ²³⁷ Vgl. statt vieler: FTD vom 3.3.2009, „Hau den Banker!“, Spiegel Online vom 21.10.2008.
- ²³⁸ Hier soll die Entstehung der Finanzkrise nur in ihren Grundzügen erklärt werden. Ausführliche Informationen zur Entstehung und Entwicklung der Finanzkrise: *Kiff/Mills*, Money for nothing and checks for free: Recent Developments in U.S. Subprime Mortgage Markets, 2007; *Burghoff/Prothmann*, Bankenkrise: Ursachen und Maßnahmen, Wirtschaftsdienst 2008, 703ff.; *Brunnermeier*, Journal of Economic Perspectives 2009, 703ff.; Global Financial Stability Report; Spiegel vom 17.11.2008, S. 44ff., „Der Bankraub“, IMF 2007; Finanzkrise 2007/2008 in Wikipedia, online unter: http://de.wikipedia.org/wiki/Finanzkrise_ab_2007 (zuletzt abgerufen am 16.7.2011).
- ²³⁹ *Kiff/Mills*, Money for Nothing, S. 3ff.
- ²⁴⁰ *Burghoff/Prothmann*, Bankenkrise: Ursachen und Maßnahmen, 703ff.
- ²⁴¹ *Burghoff/Prothmann*, Bankenkrise: Ursachen und Maßnahmen, 703.

- ²⁴² Siehe hierzu auch: *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089ff.
- ²⁴³ Umfassend widmen sich dieser Problematik: *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089ff.
- ²⁴⁴ Und letztlich der dahinterstehenden Aktionäre der Banken, welche eine immer höhere Rendite forderten.
- ²⁴⁵ Siehe oben: Erster Teil:B.
- ²⁴⁶ *Schimansky/Bunte/Lwowoski-Rümker*, § 124 Rn. 1.
- ²⁴⁷ *Schimansky/Bunte/Lwowoski-Rümker*, § 124 Rn. 4.
- ²⁴⁸ *Kümpel*, Bankrecht, S. 2488.
- ²⁴⁹ *Schimansky/Bunte/Lwowoski-Rümker*, § 124 Rn. 4ff.
- ²⁵⁰ Umfassend zu den einzelnen in nationales Recht umgesetzten EG-Richtlinien: *Kümpel*, Bankrecht, S. 2490ff.
- ²⁵¹ *Kümpel*, Bankrecht, S. 2547ff.
- ²⁵² Vgl. dazu *Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Groß*, § 13 Rn. 1ff.
- ²⁵³ Ein solcher liegt vor, sobald das Kreditvolumen eines Kreditnehmers € 1,5 Mio. oder mehr beträgt. Vgl. § 14 I KWG.
- ²⁵⁴ Vgl. schon *Martin*, S. 31ff.; *Laskos*, S. 35ff.
- ²⁵⁵ *Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Groß*, § 18 KWG Rn. 1ff.
- ²⁵⁶ *Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Groß*, § 18 KWG Rn. 1.
- ²⁵⁷ Die darauffolgende Arbeitslosigkeit stellt den Mitarbeiter vor erhebliche Schwierigkeiten, da eine Entlassung aufgrund eines von ihm zu verantwortenden Kreditausfalls seine Einstellungschancen bei anderen Kreditunternehmen erheblich mindert; so auch: *Laskos*, S. 175.
- ²⁵⁸ Da mit der Stellung im Unternehmen auch die Höhe der zu verantwortenden Kreditvolumen steigt, kann auch ein Vorstand mit Millionengehalt durch eine Regressforderung in schwere wirtschaftliche Bedrängnis geraten. In diesem Zusammenhang sind aber auch die D&O-Versicherungen zu berücksichtigen, welche in Fällen grober Fahrlässigkeit häufig die von den Managern verursachten Schäden übernehmen. Siehe zu der Problematik der D&O-Versicherungen auch: Erster Teil:D.IV.
- ²⁵⁹ Hierzu kann jüngst das Beispiel Siemens herangezogen werden: Der Aufsichtsrat verklagt elf ehemalige Vorstandsmitglieder auf Schadensersatz in Zusammenhang mit dem Korruptionsskandal; Tagesspiegel vom 30.7.2008, S. 15.
- ²⁶⁰ Vgl. hierzu auch: *Laskos*, S. 164.
- ²⁶¹ Siehe hierzu sogleich auf der nächsten Seite.
- ²⁶² Dies wurde mir in einem Telefongespräch mit Olaf Danckwerts einem Mitarbeiter der NordLB bestätigt; siehe dazu auch das Telefonprotokoll vom 5.9.2008.

²⁶³ Hauser, S. 11ff.; Laskos, S. 164.

²⁶⁴ Vgl. dazu auch: Laskos, S. 164.

²⁶⁵ Hauser, S. 11ff.; Campos Nave/Bonenberger, BB 2008, 734ff.

²⁶⁶ Diese Vorgehensweise wurde jüngst wieder von der Sparkasse Düsseldorf im Zusammenhang mit den Krediten an Maxfield gewählt. Zunächst wurde versucht, die Sache herunterzuspielen, um sich nach Beginn der Ermittlungen und Bekanntwerden der Details als „schockiert“ über den ehemaligen Vorstand zu äußern und diesen zu entlassen (vgl. Tagesspiegel Nr. 19825 vom 23.2.2008 S. 32 und Handelsblatt Nr. 37 vom 21.2.2008 S. 22).

²⁶⁷ Vgl. Laskos, S. 164; Hauser, Krisen-PR, S. 15; dies deckt sich auch mit den Aussagen von Olaf Danckwerts (Mitarbeiter der NordLB).

²⁶⁸ Auch wenn hier die Geliebte begünstigt wird, steht doch der Eigennutz im Vordergrund, sei es, dass der Mitarbeiter selbst von dem Geld profitieren will, sei es, dass er sich ihre Liebe „erkaufen“ möchte.

²⁶⁹ So auch Samson/Langrock, DB 2007, 1684.

²⁷⁰ Vgl. hierzu bereits oben unter: Erster Teil:C.III. 1.

²⁷¹ Siehe unter: Erster Teil:B.

²⁷² Statt aller nur: Palandt-Sprau, § 676f BGB, Rn. 6ff.

²⁷³ So auch Laskos, S. 170.

²⁷⁴ Im Ergebnis so auch: Laskos, S. 170. Ein Schutz der Bankkunden ist über das Strafrecht nach überwiegender Ansicht wohl auch nicht erforderlich, da die Bankkunden über zahlreiche Sicherungssysteme geschützt werden. Hier sei nur auf das EAG (Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz vom 16. Juli 1998 BGBl. I, S. 2676) hingewiesen; vertieft hierzu: Laskos, S. 168ff.

²⁷⁵ Wie soeben aufgezeigt, ist die Bankenkrise zwar aufgrund von unzureichend gesicherten Krediten entstanden, diese Kredite wurden jedoch nicht in Deutschland, sondern vornehmlich in den USA vergeben. Siehe oben: Erster Teil:D.I.

- ²⁷⁶ Statt vieler nur: *Otto*, Bankentätigkeit, S. 187ff.; *Martin*, S. 17.
- ²⁷⁷ Vgl. nur: *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 206ff.; *Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack*, § 66, Rn. 1ff.
- ²⁷⁸ *Schimansky/Bunte/Lwowski-Ganter*, § 90, Rn. 147.
- ²⁷⁹ *Martin*, S. 17ff.; Brockhaus, Banken.
- ²⁸⁰ Durch die Finanzkrise wurden alle großen Investmentbanken gezwungen, ihren Status als solche aufzugeben. Ob dies das Ende der Investmentbanken in ihrer heutigen Form ist oder nur eine vorübergehende Entwicklung darstellt, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschließend beurteilt werden. Vgl. New York Times vom 21.9.2008: Shift for Goldman and Morgan Marks the End of an Era.
- ²⁸¹ *Tobias*, S. 4f.; *Laskos*, S. 48.
- ²⁸² Diese Einteilung entspricht der Einteilung im Handelsblatt-Wirtschaftslexikon; *HWL-Schierenbeck*, Banken.
- ²⁸³ Teilweise werden diese auch als Kreditbanken bezeichnet, so etwa die Bezeichnung der Bundesbank.
- ²⁸⁴ Zu der Uneinigkeit der Branche über den Erfolg von Allfinanz Konzernen: Handelsblatt Nr. 78 vom 23.4.2007, S. 26.
- ²⁸⁵ *HWL-Pauluhn*, Allfinanzpolitik.
- ²⁸⁶ *Martin*, S. 19.
- ²⁸⁷ Es handelt sich hierbei ausschließlich um die Verwaltung von besonders großen Vermögen. Diese Form der Vermögensverwaltung wird auch als Private Wealth Management und ab einer bestimmten Größe als Family Office bezeichnet.
- ²⁸⁸ Nach § 2 EAEG (Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz vom 16. Juli 1998, BGBl. I S. 1842) sind die Kreditinstitute verpflichtet, die Einlagen nach Maßgabe des Gesetzes zu sichern.
- ²⁸⁹ Siehe umfassend zu dem Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands Deutscher Banken: *Schimansky/Bunte/Lwowski-Bunte*, § 25 Rn. 1ff; sowie allgemein zur Einlagensicherung im deutschen Bankwesen: *Ricke/Rudolph*, BKR 2006, 889ff m. w. N.
- ²⁹⁰ Siehe hierzu bereits unter: Erster Teil:D.I.
- ²⁹¹ *Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker*, § 124, Rn 4.
- ²⁹² *Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhrmer*, § 124, Rn. 4.
- ²⁹³ *HWL-Schierenbeck*, Banken; vgl. auch § 1 GenG (Genossenschaftsgesetz vom 16.10.2006, BGBl I S. 2230).
- ²⁹⁴ *Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhrmer*, § 124, Rn. 121ff.
- ²⁹⁵ *Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhrmer*, § 124, Rn. 121ff.; *Laskos*, S. 47.

- ²⁹⁶ Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 121ff.
- ²⁹⁷ Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 121ff.; *Martin*, S. 21f.
- ²⁹⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124.
- ²⁹⁹ Vgl. § 2 GenG i.V.m. § 6 Nr. 3 GenG.
- ³⁰⁰ HWL-Schierenbeck, Banken; Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 93ff. siehe hier auch zu den wenigen nicht öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen.
- ³⁰¹ Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 93ff.
- ³⁰² Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 15ff.; HWL-Schierenbeck, Banken.
- ³⁰³ HWL-Schierenbeck, Banken; Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 17.
- ³⁰⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 12.
- ³⁰⁵ Schimansky/Bunte/Lwowski-Rümker/Keßeböhmer, § 124, Rn. 12ff.
- ³⁰⁶ Da das Kreditwesengesetz für alle Kreditinstitute in Deutschland gilt, sind die Ergebnisse weitestgehend auch auf die Banken der anderen beiden Säulen übertragbar. Zusätzlich zum Kreditwesengesetz sind jedoch noch die jeweiligen Spezialgesetze zu beachten.
- ³⁰⁷ *Doster*, WM 2001, 333 (334).
- ³⁰⁸ Statt aller: *NK-Kindhäuser*, § 266 StGB, Rn. 32.
- ³⁰⁹ *SK-Samson/Günther*, § 266 StGB, Rn. 29.
- ³¹⁰ Vgl. *Früh*, Bankrecht, 137 (140).
- ³¹¹ *NK-Kindhäuser*, § 266 StGB, Rn. 58; *Doster*, WM 2001, 333 (334).
- ³¹² Vgl. *Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 103 (104).
- ³¹³ *Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 103 (104); *Doster*, WM 2001, 333 (334).
- ³¹⁴ *Doster*, WM 2001, 333 (334f.).
- ³¹⁵ *Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 103 (104f.); *Doster*, WM 2001, 333 (335).
- ³¹⁶ *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 14.
- ³¹⁷ So etwa: *S/S-Perron*, § 266 StGB, Rn. 2ff.
- ³¹⁸ *S/S-Perron*, § 266 StGB, Rn. 2ff.; zur Entwicklung des Theorienstreits: *LK-Schünemann*, § 266 StGB, Rn. 4ff.
- ³¹⁹ *Lackner/Kühl*, § 266 StGB, Rn. 21; *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 13ff. m. w. N.

- ³²⁰ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 21.
- ³²¹ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 21.
- ³²² So auch die h. M., statt vieler nur: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 21; Eine umfassende Auseinandersetzung mit dem seit der Existenz der Untreue bestehenden Theorienstreit wäre ausreichend Stoff für eine weitere Dissertation und soll hier nicht erfolgen. Es sei hier aber auf die umfassende Auseinandersetzung mit der Thematik durch *Schünemann* verwiesen: LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 4ff.
- ³²³ Regelmäßig wird das Kreditgeschäft rechtswirksam sein und mithin auch der Missbrauchstatbestand gegeben sein. Anderes gilt aber beispielsweise im Falle der Kollusion. Vgl. dazu auch: Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66 Rn 6f.
- ³²⁴ Rönna/Hohn, NStZ 2004, 113 (114).
- ³²⁵ Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66 Rn. 6f.; Rönna/Hohn, NStZ 2004, 113 (114); Samson, Gesellschaftsrecht, 109 (110f.).
- ³²⁶ BGH, wistra 1985, 190 (191); BGH NStZ 2000; 655 (656); MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 200ff.; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 77; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 316; Rose, wistra 2005, 281 (282); mit weiteren Nachweisen.
- ³²⁷ Siehe nur die Nachweise bei: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 339 m. w. N.; und die Monografie von Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, Heidelberg 1997.
- ³²⁸ So auch Nelles, S. 563.
- ³²⁹ Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66, Rn. 110ff.; Martin, S. 97; Nelles, S. 563; Hillenkamp, NStZ 1981, 162ff.; weitere Nachweise zum Risikogeschäft finden sich bei MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 200.
- ³³⁰ Waßmer, S. 5; Nelles, S. 563.
- ³³¹ NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 73ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2 Rn. 340ff.; Nelles, Untreue, S. 563ff.; Martin, S. 97ff.; Hillenkamp, NStZ 1981, 161ff.; Bringewat, JZ 1977, S. 667ff.
- ³³² So etwa: Maurach/Schroeder-Schroeder, BT 1, S. 449; Jescheck, AT, S. 326; Bringewat, JuS 1977, 667 (669); weitere Nachweise und vertiefend hierzu: Waßmer, S. 7ff.; Hillenkamp, NStZ 1981, 161 (162f.).
- ³³³ BGH NStZ 2000, 655ff.; BGH wistra 1985 190 (191); MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 200ff.; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 73ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, V, Rn. 339ff.; Martin, S. 98; Hillenkamp, NStZ 1981, 161ff.
- ³³⁴ Waßmer, S. 5.
- ³³⁵ Beispielsweise könnte man beim Einkauf im Supermarkt verdorbene Lebensmittel erwerben. Muss der Supermarkt Insolvenz anmelden, bevor man die Lebensmittel umgetauscht hat, so hat man sämtliches Vermögen, welches zum Erwerb des verdorbenen Lebensmittels eingesetzt wurde, verloren.

- ³³⁶ Vgl. die Nachweise bei *Laskos*, S. 19ff.; *Bringewat*, JZ 1977, 667 (669) sieht Risikogeschäfte sogar grundsätzlich als straflos an.
- ³³⁷ So auch: *Rose*, wistra 2005, 281 (282); *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (163).
- ³³⁸ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 200ff.; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 73ff.; Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66 Rn. 110ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 339ff.; *Laskos*, S. 19ff.; *Martin*, S. 97ff.; *Rose*, wistra 2005, 281 (282).
- ³³⁹ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 200ff.; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 73ff.; Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66 Rn. 110ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 339ff. jeweils m. w. N.
- ³⁴⁰ *Laskos*, S. 19ff.; *Martin*, S. 97ff.; *Thomas*, FS Riess, S. 799ff.; *Rose*, wistra 2005, 281 (282).
- ³⁴¹ Vgl. dazu auch: *Rose*, wistra 2005, 281 (282); *Nelles*, S. 567.
- ³⁴² Statt aller: *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161ff.
- ³⁴³ BGH, wistra 2005, 190; MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 201f.; SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 21; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 340; zur Historie: *Martin*, S. 100ff.
- ³⁴⁴ SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 21; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 339ff.
- ³⁴⁵ Ausführlich zu den Voraussetzungen einer Pflichtverletzungen sogleich im nächsten Kapitel: Erster Teil:B.I.
- ³⁴⁶ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166ff.); *Ransiek*, ZStW 2004, 634 (650ff.).
- ³⁴⁷ Siehe hierzu bereits oben: Erster Teil:D.VI; im folgenden Kapitel wird näher auf die einzelnen Aspekte dieser Ansicht eingegangen: C.II. 1.
- ³⁴⁸ Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66 Rn. 110ff.; *Nack*, NJW 1980, 1599 (1601f.).
- ³⁴⁹ So auch: *Weise*, Bundesliga, S. 334f. *Kohlmann*, Verantwortlichkeit, Rn. 317.
- ³⁵⁰ Statt aller: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 30.
- ³⁵¹ Die Voraussetzungen einer Vermögensbetreuungspflicht wurden bereits aufgezeigt, sodass sich dieser nicht erneut gewidmet wird. Siehe oben: Erster Teil:A.III.1.
- ³⁵² NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 61.
- ³⁵³ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 151.
- ³⁵⁴ NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 63; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 112f. m. w. N.
- ³⁵⁵ NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 62.
- ³⁵⁶ SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 40.
- ³⁵⁷ Siehe dazu auch schon: Erster Teil:A.IV.

- ³⁵⁸ *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656ff.; *Schaffstein*, ZStW 1960, 374; zahlreiche weitere Nachweise bei: *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (164); siehe auch die Übersicht zu der Entwicklung bei: *Martin*, S. 103f.
- ³⁵⁹ *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656ff.; *Schaffstein*, ZStW 1960, 374; zahlreiche weitere Nachweise bei: *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (164).
- ³⁶⁰ *Klug*, FS Eb. Schmidt, S. 249ff.
- ³⁶¹ *Klug*, FS Eb. Schmidt, S. 249, 261f.; sich ihm anschließend: *Bringewat*, JZ 1977, 667 (669).
- ³⁶² So auch: *Waßmer*, S. 27ff.; *Samson*, Gesellschaftsrecht, 109 (113); *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (164); instruktiv die Arbeit von *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Risiko, Berlin 1995.
- ³⁶³ Vgl. *Martin*, S. 104.
- ³⁶⁴ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (164ff.).
- ³⁶⁵ *Waßmer*, S. 30.
- ³⁶⁶ *Waßmer*, S. 30; *Kohlmann*, Verantwortlichkeit, Rn. 317ff. vielleicht auch *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (164f.).
- ³⁶⁷ BGH, wistra 1985, 190 BGH, NStZ 2001, 259; BGH, NJW 1975, 1234; BGH, MDR 1987, 949.
- ³⁶⁸ Statt vieler: *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 200ff.; *SK-Samson/Günther*, § 266 StGB, Rn. 21; *Nelles*, Untreue, S. 567 jeweils mit weiteren Nachweisen.
- ³⁶⁹ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (167).
- ³⁷⁰ *Achenbach/Ransiek-Seier*, V 2, Rn. 343.
- ³⁷¹ *Achenbach/Ransiek-Seier*, V 2, Rn. 343ff.; *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (167f.).
- ³⁷² *NK-Kindhäuser*, § 266 StGB, Rn. 74; *Achenbach/Ransiek-Seier*, V 2, Rn. 343.
- ³⁷³ *Achenbach/Ransiek-Seier*, V 2, Rn. 343.
- ³⁷⁴ Siehe bereits oben: Erster Teil:A.II.
- ³⁷⁵ *Früh*, Bankrecht, 137 (141ff.).
- ³⁷⁶ Daneben werden inzwischen auch andere Möglichkeiten zur Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers anerkannt und gefordert. Vgl. hierzu: *Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack*, § 66, Rn. 41ff.
- ³⁷⁷ Dazu: *Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack*, § 66, Rn. 24ff.
- ³⁷⁸ *Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Braun*, § 25a KWG, Rn. 2; *Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack*, § 66, Rn. 46f.; *Kiethe*, BKR 2005, 177 (179).
- ³⁷⁹ *Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Braun*, § 25a KWG, Rn. 57ff.
- ³⁸⁰ BGH, wistra 1985, 190; bestätigt auch durch BGHSt 47, 148 (149), obwohl dort

letztendlich kein materieller Verstoß vorlag.

³⁸¹ BGH, wistra 1990, 148; BGH, wistra 1985, 190 (191).

³⁸² BGHSt, 46, 30ff.

³⁸³ BGHSt. 47, 148ff.

³⁸⁴ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 206; Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66, Rn. 9ff.; *Martin*, S. 105ff., 114ff.; *Laskos*, S. 76ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 257f.; *Kohlmann*, Verantwortlichkeit, Rn. 338ff.; *Ayasse*, S. 52ff.; *Gallandi*, wistra 2001, 281ff.; *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365 (367ff.); *Aldenhoff/Kuhn*, ZiP 2004, 103 (105ff.); *Knauer*, NStZ 2002, 399 (400ff.); *Otto*, JR 2000, 517f.; *Doster*, WM 2001, 333 (335ff.).

³⁸⁵ *Kohlmann*, Verantwortlichkeit, Rn. 324; *Kiethe*, BKR 2005, 177 (184); *Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 103 (105); *Nack*, NJW 1980, 1599ff.

³⁸⁶ S/S-Lenckner, § 266 StGB, Rn. 20 m. w. N.; *Laskos*, S. 84; *Feigen*, FS Rudolphi, S. 445, 451f.

³⁸⁷ *Martin*, S. 141ff.

³⁸⁸ BGH St 47, 148; *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089 (1093); *Schmitt*, BKR 2006, 125 (128f.).

³⁸⁹ S/S-Lenckner, § 266 StGB, Rn. 20; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200; *Laskos*, S. 76ff.; *Martin*, S. 140ff.; *Günther*, FS Weber, S. 311, 316; *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (198ff.); wohl auch: *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089, 1093.

³⁹⁰ *Günther*, FS Weber, S. 311, 316.

³⁹¹ *Waßmer*, S. 54.

³⁹² *Martin*, S. 140.

³⁹³ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200.

³⁹⁴ LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 98.

³⁹⁵ *Laskos*, S. 84.

³⁹⁶ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 115, 200; siehe zu der Ähnlichkeit der Deliktsarten unten: Erster Teil:D.II.2.

³⁹⁷ So auch: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200ff.; *Martin*, S. 106 u. S. 140; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22), der den Schutzzweckzusammenhang bei der Untreue ablehnt.

³⁹⁸ Siehe unter Erster Teil:D.III.2.

³⁹⁹ Die Bezeichnung ist hier angelehnt an: *Laskos*, S. 69ff.; andere Autoren sehen diese Pflichten als Teil der „inneren Sorgfalt“ an, so etwa: *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365 (367).

⁴⁰⁰ *Laskos*, S. 69.

- ⁴⁰¹ Einordnung in das Tatbestandsmerkmal Kausalität: *Laskos*, S. 85f.; Einordnung in die Pflichtwidrigkeit: *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365 (367ff.).
- ⁴⁰² Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 198; *Martin*, S. 135. *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22); auch *Kindhäuser*, FS Lampe, 709 (724) fordert einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Untreue, wobei er nicht zu der hier vorliegenden Frage der Relevanz formaler Pflichten Stellung nimmt.
- ⁴⁰³ *Laskos*, S. 85f.
- ⁴⁰⁴ So auch: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn 198; *Martin*, S. 135. *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22).
- ⁴⁰⁵ Siehe oben: Erster Teil: D.II
- ⁴⁰⁶ Siehe hierzu: Erster Teil: B.I.1
- ⁴⁰⁷ Zur Einteilung der Normen in materielle und formelle Pflichten siehe: *Laskos*, S. 71, *Waßmer*, S. 149.
- ⁴⁰⁸ Siehe zu dieser Einteilung auch: *Laskos*, S. 69f.; *Waßmer*, S. 149.
- ⁴⁰⁹ So auch: *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2007, 178 (181).
- ⁴¹⁰ Siehe zu dieser Problematik auch: *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2007, 178 (181f.).
- ⁴¹¹ Die Vorgängeranstalten der BaFin waren die Bundesaufsichtsämter für das Kreditwesen (BAKred), für das Versicherungswesen (BAV) und für den Wertpapierhandel (BAW).
- ⁴¹² Vgl. *Zimmermann*, BKR 2006, 10ff.
- ⁴¹³ Eingehend zu der Umstellung: *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2007, 178 (181f.).
- ⁴¹⁴ *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2007, 178 (182); Schreiben der BaFin vom 9.5.2005.
- ⁴¹⁵ *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2007, 178 (182); Schreiben der BaFin vom 9.5.2005.
- ⁴¹⁶ Siehe zu den einzelnen Anforderungen und Schranken der Ausgestaltung: *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2007, 178 (181ff.).
- ⁴¹⁷ BGHSt 47, 148 (151ff.).
- ⁴¹⁸ *Zimmermann*, BKR 2006, 10 (12).
- ⁴¹⁹ So auch: *Schmitt*, BKR 2006, 125 (128).
- ⁴²⁰ Umfassend zu den zu beachtenden Vorschriften: Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66, Rn. 9ff.; *Martin*, S. 25ff.
- ⁴²¹ Hiermit ist noch nicht abschließend über die Relevanz eines solchen Pflichtverstoßes entschieden, da die Frage, ob der Schutzzweck von § 18 KWG mit dem der Untreue identisch sein muss, noch entschieden werden muss. Dieser Fragestellung wird sich unter: Erster Teil: D gewidmet.
- ⁴²² Statt aller: *Martin*, S. 105; siehe dazu auch schon oben: Erster Teil: B.I.1.

- ⁴²³ Vgl. nur: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 340ff.
- ⁴²⁴ Rose, wistra, 2005, 281 (286); Hillenkamp, NStZ 1981, 161 (164f.).
- ⁴²⁵ Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, Kap. 4, Rn. 92ff.; Kohlmann, Verantwortlichkeit, Rn. 338ff.; Preussener/Pananis, BKR 2004, 347 (348ff.).
- ⁴²⁶ Etwas anderes könnte gelten, wenn der Treugeber bei der Ausgestaltung des Innenverhältnisses die gesetzlichen Grenzen missachtet; hierzu unten: Zweiter Teil Erster Teil:B.I.2.
- ⁴²⁷ Vgl. Ayasse, S. 50f.
- ⁴²⁸ Vgl. Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 344; Hillenkamp, NStZ 1981, 161 (165).
- ⁴²⁹ Kubiciel, NStZ 2005, 353 (358); Steiner, Kreditwesen 2002, 595 (596).
- ⁴³⁰ So auch: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 89ff., 344; Arzt/Weber-Weber, § 22, Rn. 70; Waßmer, S. 36; teilweise sprechen die Autoren auch von einem Einverständnis, wobei wie Waßmer, S. 36ff., aufgezeigt hat, Einwilligung die treffendere Bezeichnung ist: Martin, S. 115; Feigen, FS Rudolphi, 445 (448).
- ⁴³¹ Vgl. Martin, S. 107; Waßmer, S. 33ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, Rn. 344 i. V. m. Rn. 89.
- ⁴³² Statt aller: Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 21.
- ⁴³³ So auch: Martin, S. 107; Rose, wistra 2005, 281 (286).
- ⁴³⁴ Martin, S. 107f.; Rose, wistra 2005, 281 (286).
- ⁴³⁵ Siehe unter: Zweiter Teil: Erster Teil:B.I.2
- ⁴³⁶ Eine verbreitete Klausel in Geschäftsführerdienstverträgen lautet: „*Der Geschäftsführer führt die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags und dieses Anstellungsvertrags.*“ Auch die Gespräche mit Herrn Danckwerts und Herrn Katzberg von der NordLB haben ergeben, dass die Mitarbeiter einer Bank von ihrem Arbeitgeber ausdrücklich auf die Befolgung der Gesetze verpflichtet werden.
- ⁴³⁷ Siehe: LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 100 mit Hinweis auf: BGH Urteil vom 31.5.1960 – 1 StR 106/60; weitere Nachweise bei: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 130, Fn. 315ff.; Ähnlich auch in einem neueren Fall im Zusammenhang mit den Kreditvergaben der Sparkasse Lauenburg. Der Verwaltungsrat wurde dort mit nicht hinreichend ausgebildeten Personen besetzt, siehe Stern vom 22.7.2007.
- ⁴³⁸ Siehe oben: Zweiter Teil, B, I.
- ⁴³⁹ Zu den einzelnen Voraussetzungen der Einwilligung siehe: Waßmer, S. 38ff.
- ⁴⁴⁰ SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 48; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 19a; Rönna, ZStW 2007, 887 (924f.); Labsch, Jus 1985, 602 (604f.); siehe zu weiteren Nachweisen: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 135, Fn. 332.
- ⁴⁴¹ Diesem Aspekt wird sich unter: Dritter Teil, D, II, 2 gewidmet.

- ⁴⁴² Siehe unten: Dritter Teil, D, II, 2.
- ⁴⁴³ Siehe unten: Dritter Teil, D, II, 2.
- ⁴⁴⁴ Rose, wistra 2005, 281 (286).
- ⁴⁴⁵ Vgl. Martin, S. 108; Rose, wistra 2005, 281 (288).
- ⁴⁴⁶ So die Aussagen von Herrn Danckwerts (Mitarbeiter der NordLB), siehe dazu das Protokoll des Telefoninterviews; außerdem: Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, Kap. 4, Rn. 74ff.; Martin, S. 107; Kohlmann, Verantwortlichkeit, Rn. 338ff.; Waßmer, S. 57.
- ⁴⁴⁷ Feigen, FS Rudolphi, 445 (452).
- ⁴⁴⁸ Feigen, FS Rudolphi, 445 (452).
- ⁴⁴⁹ Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, Kap. 4, Rn. 73.
- ⁴⁵⁰ Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, Kap. 4, Rn. 74ff.
- ⁴⁵¹ BGH, MDR 1982, 624; SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 21; NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 75; Waßmer, S. 58f.; Keller/Sauer, wistra 2002, 365 (369).
- ⁴⁵² NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 75; Waßmer, S. 59.
- ⁴⁵³ So auch: Martin, S. 108; Keller/Sauer, wistra 2005, 365 (366); Rose, wistra 2005, 281 (286); Hillenkamp, NStZ 1981, 161 (167).
- ⁴⁵⁴ Waßmer, S. 76.
- ⁴⁵⁵ Waßmer, S. 76.
- ⁴⁵⁶ BGH, NJW 1975, 1234 (1236).
- ⁴⁵⁷ BGH, MDR 1982, 624.
- ⁴⁵⁸ Waßmer, S. 76.
- ⁴⁵⁹ BGH, NJW 1975, 1234 (1235f.); BGH, MDR 1982, 624.
- ⁴⁶⁰ BGH, NJW 1975, 1234.
- ⁴⁶¹ So etwa: BGH, MDR 1982, 624; siehe hierzu unter: Erster Teil:B.II.
- ⁴⁶² Siehe unten: Erster Teil:B.II.
- ⁴⁶³ BGHSt 47, 148ff.; BGHSt 46, 30ff.
- ⁴⁶⁴ BGHSt, 46, 30 (32).
- ⁴⁶⁵ BGHSt. 46, 30 (34).
- ⁴⁶⁶ BGHSt. 46, 30 (34).
- ⁴⁶⁷ BGHSt. 46, 30 (34).
- ⁴⁶⁸ BGHSt, 46, 30 (32).
- ⁴⁶⁹ BGHSt. 46, 30 (32).

- ⁴⁷⁰ BGHSt. 47, 148 (149).
- ⁴⁷¹ BGHSt. 47, 148 (149).
- ⁴⁷² BGHSt. 47, 148 (150).
- ⁴⁷³ BGHSt. 47, 148 (150).
- ⁴⁷⁴ BGHSt. 47, 148 (152ff.).
- ⁴⁷⁵ BGHSt. 47, 148 (152ff.).
- ⁴⁷⁶ *Früh*, Bankrecht, 137ff.; *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365ff.; *Taschke*, Gesellschaftsrecht, 127 (132ff.); *Klanten*, DStR 2002, 1190f.; *Steiner*, Kreditwesen 2002, 595ff.; *Otto*, JR 2000, 517f.
- ⁴⁷⁷ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 258 m. w. N.
- ⁴⁷⁸ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 259 m. w. N.
- ⁴⁷⁹ *Waßmer*, S. 62ff.
- ⁴⁸⁰ *Waßmer*, S. 75ff.
- ⁴⁸¹ *Laskos*, S. 49ff.
- ⁴⁸² *Laskos*, S. 49f.
- ⁴⁸³ *Laskos*, S. 60.
- ⁴⁸⁴ So etwa: *Martin*, S. 109f.; *Doster*, WM 2001, 333 (336).
- ⁴⁸⁵ *Ayasse*, S. 60.
- ⁴⁸⁶ *Schmitt*, BKR 2006, 125 (128); *Kühne*, StV 2002, 193 (196); *Knauer*, NStZ 2002, 339 (402); im Zusammenhang mit der Finanzkrise hierzu: *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089 (1092ff.).
- ⁴⁸⁷ NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 77; *Schmitt*, BKR 2006, 125 (128); *Zimmermann*, BKR 2006, 10, (12); *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365 (369).
- ⁴⁸⁸ *Knauer*, NStZ 2002, 399 (402); *Otto*, JR 2000, 517; vgl. auch *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089 (1093f.), die eine massive Überschreitung der KWG-Normen verlangen, gerade auch weil diese Regelungen nicht dem Vermögensschutz dienen.
- ⁴⁸⁹ *Früh*, Bankrecht, 137 (143).
- ⁴⁹⁰ So auch: *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365 (369), die deutlich machen, dass die Pflicht auf die Maßfigur bezogen werden muss und nicht auf den konkreten Einzelfall; vgl. auch *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089 (1092f.), die ebenfalls die KWG-Vorschriften zur Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Pflichten des Bankvorstandes heranziehen, allerdings im Zusammenhang mit der Bestands- und Rentabilitätspflicht.
- ⁴⁹¹ *Rose*, wistra 2005, 281 (288).
- ⁴⁹² Siehe zu der Problematik der Ausfüllungsbedürftigkeit der Begriffe schon:

Hillenkamp, NStZ 198, 161 (164); sowie aus jüngerer Zeit: *Martin*, S. 103ff.; *Rönnau*, ZStW 2007 887 (912).

⁴⁹³ So schon die Formulierung von *Staub/Pinner*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, Berlin, Leipzig 1933, § 312, Rn. 16 (zitiert nach *Laskos*, S. 20, Fn. 12.).

⁴⁹⁴ BGHZ 135, 244 (253f.).

⁴⁹⁵ BGH NJW 2006, 453 (454); BGHSt 47, 182 (195); *NK-Kindhäuser*, § 266 StGB, Rn. 79; *Achenbach/Ransiek-Seier*, V 2 Rn. 218f.

⁴⁹⁶ Vgl. *K. Schmidt/Lutter-Krieger/Sailer*, § 93 AktG, Rn. 10.

⁴⁹⁷ *K. Schmidt/Lutter-Krieger/Sailer*, § 93 AktG, Rn. 10.

⁴⁹⁸ So auch: *K. Schmidt/Lutter-Krieger/Sailer*, § 93 AktG, Rn. 10, die § 93 Absatz 1 Satz 2 AktG nur deklaratorischen Charakter zubilligen.

⁴⁹⁹ *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089, 1092.

⁵⁰⁰ BGHSt 47, 187ff.

⁵⁰¹ BGHSt 47, 187 (197f.).

⁵⁰² BGHSt 47, 187 (197).

⁵⁰³ *Tröndle/Fischer*, § 266 StGB, Rn. 40ff.; *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 154; *Lüderssen*, FS Lampe, 727 (729); *Ransiek*, ZStW 2004, 634 (643).

⁵⁰⁴ *Rönnau*, ZStW 2007, 887 (910); *ders.* NStZ 2006, 218 (220); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (16f.); *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (476); *Beckemper*, NStZ 2002, 324ff.; *Samson*, NPLY 2004, S. 233ff.

⁵⁰⁵ *Samson*, NPLY 2004, S. 233 (238ff.).

⁵⁰⁶ *Beckemper*, NStZ 2002, 324ff.; *Sauer*, wistra 2002, 465; *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (476) hält die gravierende Pflichtverletzung für einen Verweis auf die objektive Zurechnung; a. A.: *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 154ff.

⁵⁰⁷ BGHSt 50, 331 (344).

⁵⁰⁸ BGH NJW 2006, 453 (454f.).

⁵⁰⁹ Vgl. *Doster*, WM 2001, 333 (336), der auf die einfache Feststellung eines Verstoßes gegen formelle Pflichten hinweist und auf der anderen Seite die Schwierigkeiten bei der Feststellung eines materiellen Verstoßes hervorhebt.

⁵¹⁰ *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 180; *SK-Samson/Günther*, § 266 StGB, Rn. 41; *Otto*, BT, § 54 Rn. 32; jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁵¹¹ *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 180; *SK-Samson/Günther*, § 266 StGB, Rn. 41; *Otto*, BT, § 54 Rn. 32; jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁵¹² Siehe zu der Entwicklung des Begriffes: *SK-Hoyer*, § 263 StGB, Rn. 88ff.

⁵¹³ Statt vieler: *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 180.

- ⁵¹⁴ SK-Hoyer, § 266 StGB, Rn. 92; siehe dort auch die im Detail unterschiedlichen Restriktionen durch die Rechtsordnung; Fischer, § 263 StGB, Rn. 54f.
- ⁵¹⁵ Siehe dazu unter: Zweiter Teil; B, II, 1, b.
- ⁵¹⁶ Laskos, S. 93f.; Martin, S. 122f.; Otto, JR 2000, 517.
- ⁵¹⁷ So auch: Laskos, S. 94; Martin, S. 122f; Otto, BK 1982, 187 (190).
- ⁵¹⁸ Zum Gefährdungsschaden sogleich unter: Zweiter Teil; B, II, 1, b.
- ⁵¹⁹ Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, 25. Auflage, § 266 StGB, Rn. 45; Martin, S. 123.
- ⁵²⁰ Laskos, S. 94; Früh, Bankrecht, 137 (148).
- ⁵²¹ Vgl. Laskos, S. 94.; Martin, S. 123; Schmitt, BKR 2006, 125 (130); Feigen, FS Rudolphi, 445 (456f.); Otto, BK 1982, 187 (190).
- ⁵²² MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 208; Laskos, S. 97; Doster, WM 2001, 333 (338).
- ⁵²³ In der Praxis sieht es natürlich anders aus: Fälle, in denen ein Kredit wider Erwarten zurückgezahlt wurde, kommen in den seltensten Fällen vor Gericht. Vgl. Otto, BK 1982, 182 (183).
- ⁵²⁴ Statt vieler: BGHSt 20, 304f. ; BGH NJW 1999, 1489; MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 186.
- ⁵²⁵ Statt aller: Wabnitz/Janovsky-Knierim, Kap. 8, Rn. 263.
- ⁵²⁶ Früh, Bankrecht, 137 (148)
- ⁵²⁷ Übersicht zum Diskussionsstand: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 190ff.; MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 532ff.; NK-Kindhäuser, § 263 StGB, Rn. 297ff.; zu den verschiedenen terminologischen Begriffen: Hefendehl, Vermögensgefährdung, S. 129; MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 566.
- ⁵²⁸ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 190.
- ⁵²⁹ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 195; Saliger, HRRS 2006, 10 (12); Ransiek, ZStW 2004, 634 (659).
- ⁵³⁰ So auch: Otto, JR 2000, 517.
- ⁵³¹ SK-Hoyer, § 263 StGB, Rn. 231; Arzt/Weber, BT, § 20, Rn. 97f.; Otto, JR 2000, 517.
- ⁵³² Zu den unterschiedlichen Ansichten: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 186ff.; Hefendehl, Vermögensgefährdung, S. 61ff.; Laskos, S. 89f.
- ⁵³³ SK-Hoyer, § 263 StGB, Rn. 235.
- ⁵³⁴ Schönke/Schröder, § 266 StGB, Rn. 100; vgl. auch: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 191.
- ⁵³⁵ Vgl. NK-Kindhäuser, § 263 StGB, Rn. 302; Otto, JR 2000, 517.

- ⁵³⁶ Siehe hierzu unten: Zweiter Teil; B, II, 1, b.; zu dem in Geld bezifferbaren Schaden bei Krediten: Arzt/Weber, BT, § 20, Rn. 97.
- ⁵³⁷ Zu dem in Geld bezifferbaren Schaden bei Krediten: Arzt/Weber, BT, § 20, Rn. 97.
- ⁵³⁸ Übersicht zu den verschiedenen Schadensbegriffen: SK-Hoyer, § 263 StGB, Rn. 182ff.
- ⁵³⁹ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 180; ausführlich zu den verschiedenen Vermögensbegriffen: Hefendehl, Vermögensgefährdung S. 91ff.
- ⁵⁴⁰ Vgl. Schmoller, ZStW 1991, 92 (94).
- ⁵⁴¹ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 442; MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 178.
- ⁵⁴² MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 444ff.
- ⁵⁴³ Vgl. MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 447.
- ⁵⁴⁴ Statt vieler: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 182; Fischer, § 263 StGB, Rn. 85ff.
- ⁵⁴⁵ Statt aller: SK-Hoyer, § 263 StGB, Rn. 193.
- ⁵⁴⁶ SK-Hoyer, § 263 StGB, Rn. 200.
- ⁵⁴⁷ Vgl. Ranisek, ZStW 2004, 634 (649f.).
- ⁵⁴⁸ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 387.
- ⁵⁴⁹ LK-Tiedemann, § 263 StGB, Rn. 163; MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 456; Schmoller, ZStW 1991, 92 (108ff.).
- ⁵⁵⁰ Dies ist häufig bei Onlineauktionen der Fall. Bietet der Anbieter mehrere identische Produkte zeitgleich an, wird doch meistens jedes zu einem anderen Preis verkauft, da sich der Preis anhand des jeweiligen Höchstgebotes bestimmt. Diese sind bei zwei unterschiedlichen Auktionen selten identisch.
- ⁵⁵¹ Schmoller, ZStW 1991, 92 (108).
- ⁵⁵² BGH vom 19.9.1967 – 1 StR 164/67; BGH, StV 1984, 153f.; SK-Hoyer, § 263 StGB, Rn. 201.
- ⁵⁵³ Statt aller: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 182ff.
- ⁵⁵⁴ BGHSt 16, 321 (325ff.); BGHSt 43, 293 (299); MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 182.
- ⁵⁵⁵ Arzt/Weber, § 20, Rn. 92f.
- ⁵⁵⁶ LK-Tiedemann, § 263 StGB, Rn. 180; Vor § 263 StGB, Rn. 29, Fischer; § 263 StGB, Rn. 85f.; Martin, S. 128ff.
- ⁵⁵⁷ BGHSt 16, 321.
- ⁵⁵⁸ SK-Hoyer, § 263 StGB, Rn. 203.
- ⁵⁵⁹ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 636.

- ⁵⁶⁰ BGHSt 16, 321 (328); siehe hierzu auch: LK-*Tiedemann*, § 263 StGB, Rn. 179.
- ⁵⁶¹ So auch: *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (99f.).
- ⁵⁶² Siehe hierzu unten: Zweiter Teil, B, II, 2, e.
- ⁵⁶³ *Waßmer*, S. 145; *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166).
- ⁵⁶⁴ *Waßmer*, S. 145.
- ⁵⁶⁵ *Waßmer*, S. 145.
- ⁵⁶⁶ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166).
- ⁵⁶⁷ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166).
- ⁵⁶⁸ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (162); *Waßmer*, S. 5ff.
- ⁵⁶⁹ *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (109).
- ⁵⁷⁰ Vgl. *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (109).
- ⁵⁷¹ LK-*Tiedemann*, § 263 StGB, Rn. 163; *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (111).
- ⁵⁷² So auch: *Otto*, BT, § 51, Rn. 61; *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (108ff.).
- ⁵⁷³ *Otto*, BT, § 51, Rn. 60; *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (108ff.).
- ⁵⁷⁴ BGHSt 16, 321 (325f.).
- ⁵⁷⁵ Siehe oben: Zweiter Teil; B, II, 2, b.
- ⁵⁷⁶ *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (110f.).
- ⁵⁷⁷ So *Samson*, JA 1978, 564 (625).
- ⁵⁷⁸ Bei der ersten Fallgruppe des individuellen Schadenseinschlages soll es auf die objektive Brauchbarkeit eines Gegenstandes für die individuelle Person ankommen. Ist diese nicht gegeben und die Sache auch nicht in zumutbarere Weise anders zu verwenden, soll ein Nachteil vorliegen.
- ⁵⁷⁹ Vgl. auch das Reise-Beispiel von *Jakobs*, JuS 1977, 228 (230), auch *Jakobs* ist der Ansicht, dass im Bereich individueller Präferenzen nach der herrschenden Ansicht das Vermögen schutzlos gestellt ist und hält deswegen in einigen Bereichen eine vollständige Individualisierung für erforderlich.
- ⁵⁸⁰ *Schmoller*, ZStW 1991, 92 (108ff.); *Jakobs*, Jus 1977, 228 (230f.).
- ⁵⁸¹ *Winnefeld*, Bilanzhandbuch, D, Rn. 515ff.
- ⁵⁸² Statt aller: BFH, BB 1995, 2571ff.; *Winnefeld*, Bilanzhandbuch, D, Rn. 516.
- ⁵⁸³ *Winnefeld*, Bilanzhandbuch, D, Rn. 521ff.
- ⁵⁸⁴ *Thiel/Lüdtke-Handjery*, § 6, Rn. 554.
- ⁵⁸⁵ Hier wird nicht weiter auf die verschiedenen Abschreibungsmöglichkeiten eingegangen. Ziel ist es aufzuzeigen, dass auch im Bilanzrecht die subjektiven Vorstellungen des Unternehmers mit maßgeblich für den Wert der Sache sind.

- ⁵⁸⁶ Thiel/Lüdtke-Handjery, § 6, Rn. 553ff.
- ⁵⁸⁷ Thiel/Lüdtke-Handjery, § 6, Rn. 555.
- ⁵⁸⁸ Winnefeld, Bilanzhandbuch, D, Rn. 529.
- ⁵⁸⁹ Winnefeld, Bilanzhandbuch, D, Rn. 529.
- ⁵⁹⁰ Winnefeld, Bilanzhandbuch, D, Rn. 529.
- ⁵⁹¹ So auch: Schmoller, ZStW 1991, 92 (110).
- ⁵⁹² Siehe dazu bereits oben: Zweiter Teil; B, II, 2.
- ⁵⁹³ Ähnlich: Schmoller, ZStW 1991, 92 (112f.).
- ⁵⁹⁴ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 641.
- ⁵⁹⁵ So aber: Mitsch BT II, § 7, Rn. 103; nicht eindeutig: MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 641.
- ⁵⁹⁶ Diese ergeben sich gerade aus dem Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuehmer siehe dazu oben: Erster Teil:B.I.3.
- ⁵⁹⁷ Martin, S. 126; vgl. auch die Ausführungen von Nack in Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack § 66, Rn. 105ff. FN 82, der zwar anmerkt, dass richtigerweise auch die Zinsforderungen mit zu bewerten seien, diese aber regelmäßig außen vor gelassen würden; Wabnitz/Janovsky-Knierim, Kap. 8, Rn. 263ff.; BGH NJW 2002, 1211ff.
- ⁵⁹⁸ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, Berlin 1994.
- ⁵⁹⁹ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 25ff.
- ⁶⁰⁰ Früh, Bankrecht, 137 (148), so auch die Aussage von Herrn Olaf Danckwerts, Mitarbeiter der NordLB; siehe hierzu das Telefonprotokoll im Anhang.
- ⁶⁰¹ Etwas anderes kann im Einzelfall für Sanierungskredite gelten, siehe dazu: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 260; Früh, Bankrecht 137 (148).
- ⁶⁰² Otto, JR 2000, 517; Früh, Bankrecht, 137 (148).
- ⁶⁰³ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 569ff.
- ⁶⁰⁴ Vgl. auch Früh, Bankrecht, 137 (147f.), der auch auf die Überprüfung dieser Wertberichtigung durch den Abschlussprüfer hinweist.
- ⁶⁰⁵ In Betracht kommt höchstens noch eine Untreuestrafbarkeit wegen unterlassener Kreditüberwachung; siehe dazu: Martin, S. 55ff.
- ⁶⁰⁶ Richtigerweise müssen bei der Saldierung auch die Zinsansprüche der Bank mit in die Rechnung eingestellt werden und nicht nur der Nominalwert der Darlehensvaluta; vgl. Wabnitz/Janovsky- Knierim, Kap. 8 Rn. 263f.
- ⁶⁰⁷ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 569.
- ⁶⁰⁸ MüKo-Hefendehl, § 263 StGB, Rn. 570.

- ⁶⁰⁹ MüKo HGB-*Ballwieser*, § 252 HGB, Rn. 57.
- ⁶¹⁰ Vgl. MüKO HGB-*Busse von Colle*; § 292a HGB, Rn. 23ff.
- ⁶¹¹ Zum Bilanzrecht bei Banken: *MüKo-HGB-Böcking/Löw/Wohlmannstetter*, § 340ff. HGB m. w. N.; insbesondere die IAS 30 sind für Banken relevant; zu den aktuellen Plänen einer Modernisierung des Bankbilanzrechts: *Jessen/Haaker*, DStR 2009, 499ff.
- ⁶¹² Vgl. hierzu: *MüKo HGB-Böcking/Löw/Wohlmannstetter*, § 340a HGB, Rn. 175ff.
- ⁶¹³ Siehe hierzu: *MüKo HGB-Böcking/Löw/Wohlmannstetter*, § 340a HGB, Rn. 177.
- ⁶¹⁴ Vgl. *MüKo HGB-Böcking/Löw/Wohlmannstetter*, §340a HGB, Rn. 177.
- ⁶¹⁵ Siehe hierzu oben: Erster Teil:B.I.
- ⁶¹⁶ BGHSt 47, 148 (153); BGH NJW-RR 1986, 371; *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 207; Müller- Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66, Rn. 130; *LK-Schünemann*,§ 266 StGB, Rn. 137.
- ⁶¹⁷ BGHSt 47, 148 (153).
- ⁶¹⁸ Vgl. *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 2087ff.
- ⁶¹⁹ So häufig die Kritik an dem wirtschaftlichen Schadensbegriff: statt vieler: *SK-Hoyer*, § 263 StGB, Rn. 188.
- ⁶²⁰ So auch: BGHSt 16, 321 (325); *SK-Hoyer*, § 266 StGB, Rn. 188; *Ransiek*, ZStW 2004, 634 (650); *Schmoller*, ZStW 1991, 92ff.
- ⁶²¹ BGH NJW 2007, 1760 (1766); BGHSt 46, 30 (35); BGH wistra 1988, 305 (306); BGH NJW 1975, 1236.
- ⁶²² BGHSt 47, 295 (302); BGH wistra 1988, 305 (306).
- ⁶²³ BGHSt 47, 295 (302); siehe auch die Nachweise bei: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 82ff. m. w. N.
- ⁶²⁴ BGH NJW 2007, 1760 (1766).
- ⁶²⁵ BGH NJW 2007, 1760 (1766).
- ⁶²⁶ BGH NJW 2007, 1760 (1766).
- ⁶²⁷ BGH NJW 2007, 1760 (1766); der Senat verwendet den Begriff der konkreten Vermögensgefahr, welcher ein Synonym für den – in dieser Arbeit verwendeten – Begriff des Gefährdungsschadens darstellt.
- ⁶²⁸ BGH NJW 2007, 1760 (1766).
- ⁶²⁹ BGH, NStZ 2007, 704ff.
- ⁶³⁰ BGH, NStZ 2008, 455.
- ⁶³¹ Vgl. *Schünemann*, NStZ 2008, 430 (431); *Bernsmann*, GA 2007, 219 (230).
- ⁶³² BGH, HRRS 2008, Nr. 522, Rn. 20ff.

- ⁶³³ BGH, HRRS 2008, Nr. 522, Rn. 21ff.; vgl. hierzu auch: *Adick*, HRRS 2008, 460 (462ff.); zu berücksichtigen ist, dass der BGH in dem zitierten Urteil letztendlich wegen direktem Vorsatz verurteilte und die Ausführungen somit nur ein Obiter Dictum darstellten.
- ⁶³⁴ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 238; *Bernsmann*, GA 2007, 219 (230); *Adick*, HRRS 2008, 460 (463f.); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (23); *Kubicieł*, NStZ 2005, 353 (356); a. A.: *Schünemann*, NStZ 2008, 430ff.
- ⁶³⁵ So auch: *Bernsmann*, GA 2007, 219 (230f.); zu der kriminalpolitischen Notwendigkeit der restriktiven Interpretation des Tatbestandes bereits oben: Erster Teil:E; so auch: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 238.
- ⁶³⁶ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (23); *Feigen*, FS Rudolphi, 445 (459).
- ⁶³⁷ LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 151.
- ⁶³⁸ LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 151; *Feigen*, FS Rudolphi, 445 (459); *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (163).
- ⁶³⁹ So auch: LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 152; MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 238; SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 50; S/S-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 50; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (23).
- ⁶⁴⁰ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 240; *Schmitt*, BKR 2006, 125 (132) jeweils m. w. N.
- ⁶⁴¹ *Schmitt*, BKR 2006, 125 (132); *Früh*, Bankrecht, 137 (148f.); *Knauer*, NStZ 2002, 399 (403).
- ⁶⁴² Vgl. *Kühne*, StV 2002, 193 (199).
- ⁶⁴³ BGHSt 47, 148 (157).
- ⁶⁴⁴ So auch: *Kühne*, StV 2002, 193 (199).
- ⁶⁴⁵ *Kühne*, StV 2002, 193 (199).
- ⁶⁴⁶ *Früh*, Bankrecht, 137 (149).
- ⁶⁴⁷ So auch: *Kühne*, StV 2002, 193 (199).
- ⁶⁴⁸ *Kühne*, StV 2002, 193 (199).
- ⁶⁴⁹ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (163).
- ⁶⁵⁰ So auch: LK-Schünemann, § 266 StGB, Rn. 152.
- ⁶⁵¹ Ausreichend ist selbstverständlich auch die strenge Vorsatzform der Absicht (Dolus directus 1. Grades).
- ⁶⁵² Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 349; Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66, Rn. 137ff.
- ⁶⁵³ Vgl. *Lassmann*, S. 178ff.; *Saliger*, HRRS 2006 10 (21); *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475f.); *Rengier*, FS Roxin, S. 811ff.

- ⁶⁵⁴ So auch: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 196; *Saliger*, ZStW 2000, 563 (610ff.).
- ⁶⁵⁵ Siehe unter: Zweiter Teil, B, I, 2, b, aa, (2).
- ⁶⁵⁶ *Laskos*, S. 85f.
- ⁶⁵⁷ *Laskos*, S. 85.
- ⁶⁵⁸ Soweit der Kredit materiell in Ordnung ist, kann auch die Verletzung einer formellen Pflicht nicht zu einem Nachteil führen.
- ⁶⁵⁹ *Laskos*, S. 86f.
- ⁶⁶⁰ Hierbei handelt es sich um einen weitestgehend theoretischen Fall, da es dem Angeklagten, bei Vorsatz in Bezug auf die formale Pflichtwidrigkeit und den Nachteil, schwerfallen dürfte glaubhaft zu machen, dass er keinen Vorsatz in Bezug auf die materielle Pflichtwidrigkeit hatte. Vgl. *Laskos*, S. 86.
- ⁶⁶¹ So auch: *Lassmann*, S. 178; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (21); erst in jüngster Zeit haben sich einige Autoren unmittelbar mit der Frage der objektiven Zurechnung im Zusammenhang mit der Untreue auseinandergesetzt: *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 37; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 198ff.; *Gerkau*, Untreue und objektive Zurechnung, Hamburg 2008; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (21ff.); *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475f.); *Doster*, WM 2001, 333 (337).
- ⁶⁶² Statt vieler: *SK-Rudolphi*, Vor § 1 StGB, Rn. 57; *MüKo-Freund*, Vor §§ 13ff. StGB Rn. 322; *Schünemann*, GA 1999, 207 (212) jeweils m. w. N.
- ⁶⁶³ *Roxin*, FS Honig, S. 133ff.; Auch vor dem Beitrag *Roxins* gab es bereits erste Ansätze welche weitere Zurechnungszusammenhänge zu der Kausalität befürworteten. Eine umfangreiche chronologische Darstellung der Entwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung findet sich bei *Schünemann*, GA 1999, 207 (208ff.).
- ⁶⁶⁴ *MüKo-Freund*, Vor §§ 13ff. StGB; Rn. 325; *Rengier*, FS Roxin, 811 (813); *Roxin*, AT I, § 11, Rn.
- ⁶⁶⁵ *Welzel*, StR, S. 66; *Schünemann*, GA 1999, 207 (211).
- ⁶⁶⁶ *Welzel*, StR, S. 66.
- ⁶⁶⁷ Vgl. *Roxin*, AT, § 11, Rn. 47; *Schünemann*, GA 1999, 207 (219ff.).
- ⁶⁶⁸ *SK-Rudolphi*, Vor § 1 StGB, Rn. 57; *MüKo-Freund*, Vor §§ 13ff. StGB, Rn. 322ff.; *NK-Puppe*, Vor § 13 StGB, Rn. 154; *Roxin*, AT, § 11, Rn. 49; Umfassend zu der Entwicklung: *Frisch*, GA 2003, 719 (728); *Schünemann*, GA 1999, 207 (219ff.) m. w. N.
- ⁶⁶⁹ *Rengier*, FS Roxin, 811ff.
- ⁶⁷⁰ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 196ff.; *Gerkau*, Untreue und objektive Zurechnung, Hamburg 2008; *Schünemann*, NStZ 2008, 430 (438); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (21).

- ⁶⁷¹ Siehe zu den verschiedenen Restriktionsansätzen der Untreue, welche der Lehre von der objektiven Zurechnung entspringen: *Martin*, S. 135.
- ⁶⁷² So etwa *MüKo-Dierlamm*, § 266 StGB, Rn. 37, 174; *Günther*, FS, Weber, 316ff.
- ⁶⁷³ Statt vieler: *Kühl*, AT, § 4, Rn. 38; *Frisch*, GA 2003, 719 (728); wie *Frisch* zutreffend feststellt gibt es bei Fahrlässigkeitsdelikten nur noch terminologische Unstimmigkeiten, die aber an der Sache nichts ändern.
- ⁶⁷⁴ Statt vieler: *LK-Walter*, Vor § 13 StGB, Rn. 89; *Rengier*, FS Roxin, 811 (813).
- ⁶⁷⁵ Ablehnend gegenüber der objektiven Zurechnung etwa: *Kaufmann*, FS Jescheck, S. 251ff.; *Struen-see*, GA 1987, 97ff.
- ⁶⁷⁶ Siehe zum Ganzen: *Schünemann*, GA 1999, 207 (219ff.); *Roxin*, GS Armin Kaufmann; S. 237ff.
- ⁶⁷⁷ Vgl. *Frisch*, GA 2003, 719 (731).
- ⁶⁷⁸ Auch *Kühl*, als Kritiker der objektiven Zurechnung, erkennt inzwischen an, dass diese sich auch für die Vorsatzdelikte durchgesetzt hat; *Kühl*, AT, § 4, Rn. 38.
- ⁶⁷⁹ Die knappe Darstellung der historischen Entwicklung und der Entkräftung der wichtigsten Argumente gegen die Anwendung der objektiven Zurechnung soll hier genügen. Weiterführende Darstellungen des Diskussionsstandes liefern: *S/S-Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13ff. StGB, Rn. 91ff.; *Roxin*, AT I, § 11, Rn. 50; *Frisch*, GA 2003, 719ff.; *Schünemann*, GA 1999, 207ff.
- ⁶⁸⁰ *Küpper*, Dogmatik, S. 83.
- ⁶⁸¹ Vgl. *Kühl*, AT, § 4, Rn. 36ff.
- ⁶⁸² *MüKo-Freund*, Vor §§ 13ff. StGB, Rn. 321ff.; *Rengier*, FS Roxin, S. 811.
- ⁶⁸³ *MüKo-Freund*, Vor §§ 13ff. StGB, Rn. 323.
- ⁶⁸⁴ So auch: *Frisch*, GA 2003, 719 (729f).
- ⁶⁸⁵ Vgl. hierzu: *Arzt/Weber*, § 35, Rn. 12ff.
- ⁶⁸⁶ Vgl. statt vieler: *LK-Vogel*, § 15 StGB, Rn. 212ff.; *Kindhäuser*, AT, § 33, Rn. 16ff.
- ⁶⁸⁷ *Achenbach/Ransiek-Seier*, V 2, Rn. 115ff.
- ⁶⁸⁸ Siehe oben: Erster Teil:B.I.
- ⁶⁸⁹ Vgl. zum Ganzen auch: *Ransiek*, ZStW 2004, 634 (645ff.).
- ⁶⁹⁰ Vgl. nur §§ 306f Absatz 2; 315b; 315c StGB.
- ⁶⁹¹ Statt vieler: *MüKo-Groeschke*, § 315c, Rn. 55.
- ⁶⁹² Vgl. *Martin*, S. 136.
- ⁶⁹³ So auch: *Gerkau*, S. 120ff.
- ⁶⁹⁴ Siehe hierzu auch: *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475ff.).

- ⁶⁹⁵ So etwa: *NK-Kindhäuser*, § 266 StGB, Rn. 99; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 198; *Gerkau*, S. 143ff.; *Martin*, S. 134; zumindest in Teilen auch: *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22); *Schünemann*, NStZ 2005, 473/475ff.
- ⁶⁹⁶ BGH NStZ 2000, 655 (656); ebenfalls erste Schritte in Richtung einer Anerkennung des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges finden sich in BGHSt 43, 293 (296f.); 46, 30 (34); BGH WM 2000, 1256f.
- ⁶⁹⁷ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 198; *Gerkau*, S. 143ff.; *Martin*, S. 134; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22); *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (476).
- ⁶⁹⁸ *Ransiek*, ZStW 2004, 634 (652).
- ⁶⁹⁹ *NK-Kindhäuser*, § 266 StGB, Rn. 99.
- ⁷⁰⁰ *Günther*, FS Weber, 311 (316).
- ⁷⁰¹ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166).
- ⁷⁰² Statt vieler: *Triffterer*, FS Klug, 419 (420).
- ⁷⁰³ Wessels/Beulke, § 6, Rn. 197.
- ⁷⁰⁴ Vgl. Wessels/Beulke, § 6, Rn. 197.
- ⁷⁰⁵ Vgl. *Roxin*, AT, § 11 Rn. 69; *Martin*, S. 136f.
- ⁷⁰⁶ Siehe oben: Erster Teil:D.II.2.
- ⁷⁰⁷ Übersicht zu den verschiedenen Ansichten: Wessels/Beulke, § 6, Rn. 197ff.; umfassend: *Roxin*, AT, § 11, Rn. 88ff.
- ⁷⁰⁸ Wessels/Beulke, § 6, Rn. 199.
- ⁷⁰⁹ Vgl. *Samson*, FS Lüderssen, 587 (588ff.).
- ⁷¹⁰ *Roxin*, AT, § 11, Rn. 90.
- ⁷¹¹ *Roxin*, AT, § 11, Rn. 91.
- ⁷¹² Insbesondere die Anerkennung des Gefährdungsschadens bei der Untreue bewirkt diese Vorverlagerung in den Bereich des bloßen Versuchs. Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 183; siehe bereits oben: Zweiter Teil, B, II 1, b.
- ⁷¹³ So auch: Wessels/Beulke, § 6, Rn. 199.
- ⁷¹⁴ *Martin*, S. 138f.
- ⁷¹⁵ Im Ergebnis so auch: *Martin*, S. 138f.
- ⁷¹⁶ Siehe unter: Zweiter Teil, B, I, 2, b, aa, (2).
- ⁷¹⁷ Anders aber: *Laskos*, S. 85ff.
- ⁷¹⁸ Wessels/Beulke, § 6, Rn. 182.
- ⁷¹⁹ So auch: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200ff.; *Gerkau*, S. 145ff.; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22).

- ⁷²⁰ *Kiethe*, BKR 2005, 177 (184) m. w. N.; vgl. auch *Burger*, S. 96ff., der unabhängig von dem individuellen Schutzzweck der jeweiligen Norm stets den gemeinsamen Ausgangspunkt in dem Schutz des Gesellschaftsvermögens sieht und diesen folglich ausreichen lässt.
- ⁷²¹ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22).
- ⁷²² *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22f.).
- ⁷²³ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (23).
- ⁷²⁴ *Ransiek*, ZStW 2004, 634 (672f.) m. w. N.; Müller-Gugenberger/Bieneck-Schmid, § 31 Rn. 83; die gleiche Problematik diskutiert *Waßmer*, S. 54 im Zusammenhang mit KWG-Normen.
- ⁷²⁵ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200ff.; *Gerkau*, S. 98ff.; *Martin*, S. 140ff.
- ⁷²⁶ MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 37; *Kubiciel*, NStZ 2005; 353 (359f.); *Vollhard*, FS Lüderssen, 673 (677f.); *Taschke*, FS Lüderssen, 673ff.; *Günther*, FS Weber; 316ff.
- ⁷²⁷ Statt aller: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 10.
- ⁷²⁸ BGH Urt. vom 3.8.1979 – 2. StR 305/79; teilweise abgedruckt in MDR 1979, 988; nachzulesen auch bei *Seier*, Geilen-Symposium, 145 (149); siehe bereits oben: Erster Teil:C.III.3.
- ⁷²⁹ Vgl. hierzu *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (359).
- ⁷³⁰ BGH NStZ 2009, 153ff.; BGHSt 35, 333 (335f.); BGH NJW 2003, 2996 (2998).
- ⁷³¹ So auch: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 292.
- ⁷³² Siehe hierzu bereits oben: Erster Teil:D.II.1; ferner Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200.
- ⁷³³ Vgl. Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 115.
- ⁷³⁴ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 115.
- ⁷³⁵ Vgl. *Roxin*, FS Gallas, 241ff.
- ⁷³⁶ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200; *Martin*, S. 140ff.; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 20; *Kubiciel*, NStZ 2005; 353 (359f.); *Vollhard*, FS Lüderssen, 673 (677f.); *Taschke*, FS Lüderssen, 673ff.; *Günther*, FS Weber; 316ff.
- ⁷³⁷ Vgl. MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 200ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 207ff.
- ⁷³⁸ So auch: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 174; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 200ff.; *Martin*, S. 140ff.; *Gerkau*, S. 145ff.
- ⁷³⁹ Neben dem KWG als wichtigstem Gesetz für Kreditinstitute kommen weitere Regelungen in Betracht, für welche im Einzelfall der Schutzzweck zu bestimmen

wäre. Hierzu gehören insbesondere das GenG für Genossenschaftsbanken, aber auch sonstige Verordnungen und Gesetze, welche Regelungen für den Bereich der Kreditvergaben treffen, wie beispielsweise die MaRisk oder Basel II.

- ⁷⁴⁰ Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Fischer, Einf. KWG, Rn. 61ff.
- ⁷⁴¹ Statt aller: Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Fischer, Einf. KWG, Rn. 63.
- ⁷⁴² So im Ergebnis auch: S/S-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 20.
- ⁷⁴³ S/S-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 20.
- ⁷⁴⁴ S/S-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 20; so auch: Knauer, NStZ 2002, 399 (401).
- ⁷⁴⁵ Zu den verschiedenen Schutzzwecken: Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Fischer, Einf. KWG, Rn. 61ff.
- ⁷⁴⁶ Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Fischer, Einf. KWG, Rn. 61ff.
- ⁷⁴⁷ Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Bock, § 18 KWG, Rn. 1.
- ⁷⁴⁸ Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Bock, § 18 KWG, Rn. 1ff.
- ⁷⁴⁹ Eingehend hierzu: Knauer, NStZ 2002, 399 (401).
- ⁷⁵⁰ Ähnlich: S/S-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 20.
- ⁷⁵¹ So auch: Martin, S. 143f.
- ⁷⁵² Die Großkrediteinzelobergrenze liegt aktuell bei 25% des HEK.
- ⁷⁵³ Vgl. nur die aktuellen Verfahren in Zusammenhang mit Kreditvergaben der Volksbank Lauenburg, Stern vom 22.4.2007; Müller-Gugenberger/Bieneck-Nack, § 66, Rn. 3.
- ⁷⁵⁴ Martin, S. 144f.
- ⁷⁵⁵ Statt aller nur: Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Fischer, Einf. KWG, Rn. 61.
- ⁷⁵⁶ Im Ergebnis so auch: Martin, S. 142.
- ⁷⁵⁷ Vgl. nur Martin, S. 142.
- ⁷⁵⁸ So auch: Ransiek, ZStW 2004, 634 (672f.).
- ⁷⁵⁹ Vgl. Ransiek, ZStW 2004, 634 (672f.); Martin, S. 142ff.; Hillenkamp, NStZ 1981, 163 (168); eingehend: Burger, Untreue (§ 266 StGB) durch das Auslösen von Sanktionen zu Lasten von Unternehmen, Herbolzheim 2007.
- ⁷⁶⁰ Ransiek, ZStW 2004, 634 (672f.).
- ⁷⁶¹ Waßmer, S. 54.
- ⁷⁶² SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 48; Laskos, S. 84; Ransiek, ZStW 2004, 634 (672ff.); Labsch, JuS 1985, 602ff.
- ⁷⁶³ SK-Samson/Günther, § 266 StGB, Rn. 48.
- ⁷⁶⁴ S/S-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 20; Knauer, NStZ 2002, 399 (400f.).

- ⁷⁶⁵ Laskos, S. 82ff.
- ⁷⁶⁶ BGHSt 46, 30ff.
- ⁷⁶⁷ Vgl. Ransiek, ZStW 2004, 634 (672f.); Martin, S. 142ff.; Hillenkamp, NStZ 1981, 163 (168).
- ⁷⁶⁸ So auch: Laskos. S. 78.
- ⁷⁶⁹ Vgl. Knauer, NStZ 2002, 399 (401ff.); Kubiciel, NStZ 2005, 353 (359).
- ⁷⁷⁰ So auch: Knauer, NStZ 2002, 399 (401); Freilich kann eine Sanktion nach § 56 KWG unabhängig von einem Nachteil verhängt werden, welchen es bei der Untreue stets bedarf. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass bei einem Pflichtverstoß häufig auf einen Nachteil in Form des Gefährdungsschaden geschlossen wird, sodass es für den Bankmitarbeiter faktisch allein auf die Pflichtwidrigkeit ankommt.
- ⁷⁷¹ Ohne den unmittelbaren Bezug zum KWG halten auch: Schönke/Schröder-Lenckraer/Perron, § 266 StGB, Rn. 20; Laskos, S. 84; Brüning/Samson, ZIP 2009 1089 (1093); Knauer, NStZ 2002, 399 (401); wohl auch: Kubiciel, NStZ 2005, 353 (359) eine Pflichtverletzung nur dann für relevant, wenn die verletzte Pflicht auch dem Schutz des Vermögens dient.
- ⁷⁷² So auch die Aussage von Olaf Danckwerts, Mitarbeiter bei der NordLB.
- ⁷⁷³ Zu diesem Ergebnis kommen wohl: Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rn. 20.
- ⁷⁷⁴ Statt aller: Kühl, AT, § 4, Rn. 36ff.
- ⁷⁷⁵ Vgl. Kühl, AT, § 4, Rn. 46.
- ⁷⁷⁶ Seier erörtert die Problematik überhaupt nicht, Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 198ff.; Gerkau, S. 144 hält die Frage der Gefahrschaffung bei der Untreue für irrelevant.
- ⁷⁷⁷ Saliger, HRRS 2006, 10 (21).
- ⁷⁷⁸ Vgl. BGHSt. 15, 342 (344); BGH NJW, 1977, 443f.; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 169.
- ⁷⁷⁹ Statt vieler nur: NK-Kindhäuser, § 266 StGB, Rn. 107; Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 173; BGH NStZ 1997, 298f.; jeweils mit weiteren Nachweisen.
- ⁷⁸⁰ So auch: Saliger, HRRS 2006, 10 (21f.).
- ⁷⁸¹ Vgl. zum Ganzen: Saliger, HRRS 2006, 10 (21f.); ders., Parteienuntreue, S. 128f.; sowie unten: Erster Teil:E.
- ⁷⁸² So auch: Saliger, HRRS 2006, 10 (21f.).
- ⁷⁸³ Achenbach-Ransiek-Seier, V 2, Rn. 203; Gerkau, S. 213ff.; Saliger, HRRS 2006, 10 (20ff.); ders., ZStW 2001, 563 (576ff.).
- ⁷⁸⁴ Statt aller: Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 203.

- ⁷⁸⁵ *Gerkau*, S. 218ff. *Saliger*, Parteienuntreue, S. 127ff.
- ⁷⁸⁶ *Matt/Saliger*, Irrwege, 217 (235f.); *Saliger*, Parteienuntreue, S. 127ff.
- ⁷⁸⁷ Vgl. *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20) Fn. 115.
- ⁷⁸⁸ OLG Hamm, NJW 1982, 190ff.
- ⁷⁸⁹ So auch: *Gerkau*, S. 229.
- ⁷⁹⁰ Vgl. hierzu: *Saliger*, ZStW 2000, 563 (576f.); *Matt/ders.*, Irrwege, 217 (236).
- ⁷⁹¹ BGHSt 21, 112 (113); BGHSt 40, 287 (296).
- ⁷⁹² BGH St. 40, 287 (296).
- ⁷⁹³ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 203 m. w. N.; *Gerkau*, S. 213ff; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20) m. w. N.
- ⁷⁹⁴ *Martin*, S. 148ff.
- ⁷⁹⁵ Zu den weiteren Funktionen des Unmittelbarkeitsprinzips und insbesondere der Ausklammerung abstrakter Vermögensgefahren aus dem Gefährdungsschaden: *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20); *ders.*, Parteien, S. 127ff.
- ⁷⁹⁶ Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 204; *Martin*, S. 149.
- ⁷⁹⁷ In dieser Arbeit werden hierfür der Terminus des Gefährdungsschadens verwendet und zugleich engere Voraussetzungen an das Vorliegen eines solchen geknüpft. Siehe bereits oben: 0 Zweiter Teil, B, II, 1, b.
- ⁷⁹⁸ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20); Für die Bankenuntreue ist dieser Aspekt freilich kaum relevant, da ein Gefährdungsschaden hier erst vorliegt, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Forderung weniger Wert ist.
- ⁷⁹⁹ Vgl. *Seier*, Entwicklungen, 105 (109).
- ⁸⁰⁰ So in der Tat auch: *Burger*, S. 99ff.
- ⁸⁰¹ Vgl. Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 201; *Taschke* sieht die Problematik und möchte deswegen Pflichtverletzungen, die zu Ordnungswidrigkeiten führen, aus dem Tatbestand der Untreue ausklammern; *Taschke*, FS Lüderssen, 663ff.
- ⁸⁰² Vgl. den Wortlaut von § 30 OWiG: „[...] so **kann** gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.“ Anders verhält es sich bei Vorschriften, die „self-executing“ sind, den Behörden also kein Ermessen eingeräumt ist; hierzu *Saliger*, Parteiengesetz, S. 127ff. Fraglich ist, ob diese Vorschriften auch den Schutzzweckzusammenhang erfüllen.
- ⁸⁰³ *Gerkau*, S. 248ff.; *Saliger*, Parteiengesetz, S. 127ff.; *ders.* NStZ 2007; 545 (548f.); *ders.*; HRRS 2006, 10 (20ff.); im Ergebnis so auch: MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Rn. 174; Wabnitz/Janovsky- *Dannecker*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Auflage, München 2004, Kap. 1, Rn. 161; *Taschke*, FS Lüderssen, 663 (670); andere Ansicht aber: *Burger*, S. 99ff.

⁸⁰⁴ Statt aller: *KK-Rogall*, § 30 OWiG, Rn. 16.

⁸⁰⁵ Vgl. Achenbach/Ransiek-Seier, V 2, Rn. 201; *Taschke* sieht die Problematik der OWiG-Fälle und möchte deswegen Pflichtverletzungen, die zu Ordnungswidrigkeiten führen, aus dem Tatbestand der Untreue ausklammern; *Taschke*, FS Lüderssen, 663ff.

⁸⁰⁶ Vorausgesetzt natürlich, der Bankmitarbeiter handelt bezüglich des KWG-Verstoßes mit Vorsatz.

⁸⁰⁷ *Gerkau*, S. 222.

⁸⁰⁸ Vgl. Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Lindemann, § 56 KWG, Rn. 1.

⁸⁰⁹ Beispiel angelehnt an *Martin*, S. 148.

⁸¹⁰ Siehe hierzu bereits oben unter: Erster Teil:B.II.